

UNIVERSIDADE DE LISBOA - FACULDADE DE DIREITO  
MESTRADO PROFISSIONALIZANTE EM DIREITO INTERNACIONAL E  
RELAÇÕES INTERNACIONAIS



**FACULDADE DE DIREITO**  
UNIVERSIDADE DE LISBOA

HIRO DA JUSTA PORTO

Aluno n.º: 29493

**O DIREITO À EDUCAÇÃO DAS CRIANÇAS REFUGIADAS**

LISBOA

2019

UNIVERSIDADE DE LISBOA - FACULDADE DE DIREITO

HIRO DA JUSTA PORTO

## **O DIREITO À EDUCAÇÃO DAS CRIANÇAS REFUGIADAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação do Mestrado Profissionalizante em Direito Internacional e Relações Internacionais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a regência do Professor Doutor Rui Guerra da Fonseca, pelo aluno Hiro da Justa Porto, para obtenção de título correspondente.

LISBOA

2019

## **AGRADECIMENTO**

Meu profundo reconhecimento ao Professor Doutor Rui Guerra da Fonseca, pelos esclarecimentos e pelas sugestões e críticas, e pela disponibilidade e cordialidade de sempre.

Aos meus pais, minha fonte de inspiração, por todo o amor incondicional, esforços e incentivos, os meus eternos agradecimentos.

Um reconhecimento especial à minha esposa Vivian, por todo o seu amor sem reservas, companheirismo, apoio, estímulo, carinho, paciência, compreensão e renúncias pessoais, essenciais para que eu prosseguisse na realização deste estudo. A ela, o meu muito obrigado.

## Índice

LISTA DE ABREVIATURAS E ACRÔNIMOS .....	12
RESUMO .....	37
ABSTRACT .....	5
INTRODUÇÃO .....	7
1. O REFUGIADO COMO SUJEITO DE DIREITOS .....	12
1.1 Considerações iniciais .....	12
1.2 Contexto jurídico dos refugiados nos Regimes Internacionais .....	14
1.2.1 A proteção do refugiado através do princípio do non-refoulement.....	19
1.3 Complementaridade e convergências entre o Direito Internacional dos Refugiados e o Direito Internacional dos Direitos Humanos .....	28
2. CONSTITUIÇÃO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS .....	37
2.1 Mecanismos de proteção da criança através do Estatuto dos Refugiados .....	45
2.2 A atuação da Convenção dos Direitos da Criança na proteção da criança Refugiada .....	47
2.2.1 O princípio da não discriminação .....	49
2.2.2 O interesse superior da criança .....	51
2.2.3 O princípio pelo respeito às opiniões das crianças .....	53
3. O DIREITO À EDUCAÇÃO .....	58
3.1 O Princípio da dignidade humana e a relação com o direito à educação .....	58
3.2 O Direito humano à educação .....	63
3.3 A educação no âmbito da Convenção Sobre os Direitos da Criança .....	77
3.4 As relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno para a proteção do direito à educação .....	79
CONCLUSÃO .....	83
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	89
DOCUMENTOS CONSULTADOS .....	99
JURISPRUDÊNCIA .....	106

**LISTA DE ABREVIATURAS E ACRÔNIMOS**

ACNUR – Alto Comissariado das Nações Unidas

CDC - Convenção sobre os Direitos da Criança

CDH - Comitê dos Direitos do Homem

CDESC - Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CESCR - Committee on Economic, Social and Cultural Rights

DESC – Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

DIDH – Direito Internacional dos Direitos do Homem

DIR – Direito Internacional dos Refugiados

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

ECHR - Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

EXCOM – Comitê Executivo do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados

PIDCP - Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos

PIDESC - Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

UNICEF – Fundo das Nações Unidas para a Infância

ONU – Organização das Nações Unidas

OUA - Organização da Unidade Africana

UNHCR - United Nations High Commissioner for Refugees

## RESUMO

A presente dissertação apresenta como foco de estudo o direito da criança refugiada à educação. Hodiernamente o mundo vivencia uma intrincada crise humanitária sem precedentes, na qual uma grande quantidade de pessoas, devido à intensificação de conflitos internacionais e regionais, assim como em virtude de inúmeras violações de seus direitos humanos, abandonam seus países de origem em busca de proteção e refúgio em outros Estados. Neste grupo de pessoas forçados a deixar seus lares, as crianças representam a grande maioria desta categoria e, dentre estas, apenas metade possui o acesso à educação nos países de acolhimento. As crianças em refúgio encontram-se em posição de dupla vulnerabilidade devido a sua precária situação de refugiada bem como sua condição de ser criança. Para além dessa conjuntura, os infantes enfrentam no Estado acolhedor inúmeras barreiras em virtude da utilização de políticas e parâmetros jurídicos centrados em adultos e em decorrência da ausência de acompanhamento e proteção específicos para a sua condição de criança e em situação de refúgio. Um dos problemas mais complexos enfrentados é precisamente a negligência quanto ao acesso ao ensino formal desta categoria social, encontrando-se a educação das crianças refugiadas atualmente em crise e a fomentar a criação de uma geração perdida, tendo o seu futuro comprometido. É neste contexto que a educação assume função essencial como ferramenta empoderante tanto nos inúmeros benefícios ofertados através do ensino em si mesmo bem como na promoção dos direitos humanos e de um desenvolvimento sustentável por meio de uma percepção de pertencimento, integração e inclusão sociocultural que acarreta nesta categoria. Sem prejuízo de referências esparsas de aspectos de Direito da União Europeia, este estudo visa fornecer uma visão geral do quadro legal internacional dos mecanismos de proteção do direito à educação da criança refugiada, dentro da perspectiva do Estatuto dos Refugiados e da aplicação do princípio do *non refoulement*, sob a análise da atuação da Convenção Sobre os Direitos da Criança e da proteção exercida por esta através da aplicação dos princípios da não discriminação, do interesse superior da criança. Também almeja analisar a CDC como um parâmetro de ação para os Estados e como reforço ao Direito Internacional dos Refugiados e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Ao final, em virtude da indivisibilidade dos direitos humanos, pretende-se proceder a uma visão integral acerca da

convergência e da complementaridade entre os regimes internacionais e igualmente a invocação destes direitos nos planos dos ordenamentos jurídicos domésticos, sob um viés de direito fundamental e social, no escopo de assegurar o cumprimento do direito das crianças refugiadas à educação.

Palavras-chaves: Direito à educação. Direito Internacional. Direitos das Crianças. Refugiados. Crianças refugiadas.

## ABSTRACT

The present work aims to focus on the right to education of the refugee child. Nowadays, the world is experiencing an unprecedented and intricate humanitarian crisis where large numbers of people, due to the intensification of international and regional conflicts as well because of a numerous human rights violations, are forced to leave their home countries in search of protection and refuge in other states. In this group of people forced to leave their homes, children represent the vast majority of this category and amongst them only half have access to education in the host countries. Children in refuge are in a position of double vulnerability because of their precarious refugee status and also their child-like status. In addition to this situation, infants face numerous barriers in the welcoming State due to the use of adult-centered parameters and legal policies, also because of the absence of specific monitoring and protection for their child's condition and refugee situation. One of the most complex problems faced is precisely the neglect of access to instruction in this group. Nowadays children's refugee education is in crisis and fostering the creation of a lost generation, the future of these children is compromised. It is in this context that education assumes an essential role as an empowering tool for the many benefits offered through teaching itself as well as on the promotion of human rights and sustainable development, through a perception of belonging, integration and socio-cultural inclusion that entails in this category. Without prejudice of sparse references to European Union law aspects, this study aims to provide an overview of the international legal framework protection mechanisms to the right of education of refugee children, within the perspective of the Refugee Statute and the principle of *non refoulement*, under the context of the Convention on the Rights of the Child protection and also the protection exercised by CRC through the application of the principles of non-discrimination and the best interests of the child. This work also seeks to analyze the CRC as a parameter for actions of the States and as reinforcement to international refugee law and international human rights law. Finally, due to the human rights indivisibility, this thesis intends to proceed a comprehensive vision about the convergence and complementarity between international regimes, as well as the invocation of these rights in domestic legal systems, under a fundamental and social law bias, in order to ensure fulfillment of the right of refugee children to education.



Key Words: Right to education. International Law. Children's Rights. Refugee. Children's.

## INTRODUÇÃO

O mundo vivencia uma intrincada crise humanitária sem precedentes, na qual uma grande quantidade de pessoas, devido à intensificação de conflitos internacionais e regionais, perseguições, fome, instabilidade política e econômica, além de inúmeras outras violações de direitos humanos, é impelida a fugir de seus lares em busca de proteção e refúgio em outros países a fim de que possa ter uma vida com maior dignidade, reconstruí-la e oferecer um futuro melhor para os filhos<sup>1</sup>.

Contudo, a realidade encontrada nos países de acolhimento está longe de alcançar o parâmetro mínimo de dignidade humana que se tem direito e onde o enorme contingente de refugiados são alvos de políticas restritivas e discriminatórias ocorrendo uma negação do exercício de seus direitos humanos mais básicos. Neste grupo de pessoas forçados a deixar seus países de origem, as crianças representam uma das maiores vítimas desse fenômeno e compõem cerca de 52% deste contingente. Dentre esta categoria, apenas metade possui acesso à educação em seus níveis mais elementares<sup>2</sup>.

As crianças em refúgio encontram-se em posição de dupla vulnerabilidade devido a sua precária situação de refugiada e também à condição de ser criança, enfrentando no âmbito do refúgio inúmeras barreiras em virtude da utilização de políticas e parâmetros jurídicos centrados em adultos assim como em decorrência da ausência de um acompanhamento e de proteção específica para a sua condição de criança e em busca de refúgio .

Diante do impacto exorbitante de uma nova população que adentra seus territórios e o consequente aumento na demanda em áreas tais como educação, saúde, alimentação e segurança pública, muitos dos países acolhedores dessa

---

<sup>1</sup> Segundo o último Relatório Tendências Globais da Agência da ONU para Refugiados, publicado no ano de 2017, esse número chega a 68,5 milhões de indivíduos. UNHCR, 2017, Global trends. Disponível em: <http://www.unhcr.org/5b27be547>

<sup>2</sup> Os refugiados têm cinco vezes mais probabilidade de estar fora da escola do que a média global. . UNCHR, Missing Out: Refugee Education in Crisis. Disponível em: <http://www.unhcr.org/57d9d01d0>

massa de pessoas tendem a perceber, em comparação aos outros direitos, o acesso à educação deste grupo como um quesito de menor cariz emergencial e, portanto, dispensável, negligenciando a sua promoção e utilizando condições de acesso discriminatórias ou soluções educacionais paliativas, sem vislumbrar o longo período desta crise.

Os conflitos ocasionadores dessa mobilidade de pessoas ao redor do mundo duram, em média, mais de 18 anos e, portanto, corresponde à duração de toda uma infância envolta em conflitos e incertezas quanto ao seu futuro e oportunidades educacionais.<sup>3</sup> Como resultado desse quadro, o mundo assiste ao surgimento de uma geração perdida de crianças, com um enorme déficit educacional. Além da negação do direito de cada criança nesta vertente, a persistente negligência conduz a sérias consequências em longo prazo nos Estados acolhedores como nos países de origem desse grupo, perpetuando as épocas de conflitos e comprometendo o futuro dessas crianças.

A infância é a fase primordial para o desenvolvimento cognitivo e demais searas desenvolvimentais do ser humano. É neste período que as estruturas de aprendizagem são estabelecidas e possuem impacto decisivo no alcance das capacidades de um indivíduo quando na sua fase adulta. Além dos ganhos diretos adquiridos por meio do ensino, inúmeros benefícios indiretos advém com o acesso dessas crianças à educação, pois contribuem para o combate, entre outros quesitos, ao trabalho infantil, ao casamento precoce e ao recrutamento como crianças soldados<sup>4</sup>.

É neste contexto que a educação assume função essencial para o enfrentamento da crise humanitária que o mundo atravessa. Com o acesso ao sistema educacional garantido, surge também uma maior promoção dos direitos humanos e de um desenvolvimento sustentável através de uma sensação de

---

<sup>3</sup> ACNUR, Relatório Tendências Globais. 2017. Disponível em: <http://www.unhcr.org/5b27be547>

<sup>4</sup> Comitê da ONU sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral No. 11: Planos de Ação para Educação Fundamental, disponível em: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4538838c0.html>

normalidade nas vidas desses infantes, assim como a percepção de pertencimento, integração e inclusão sociocultural, de um maior reconhecimento e tolerância desta categoria frente aos demais, face a esta reconfiguração social recém desenvolvida.

Nessa perspectiva, esta pesquisa tem por gênese abordar a problemática do direito da criança refugiada à educação. Consagrado em diversos instrumentos internacionais, notadamente a Declaração Universal dos Direitos Humanos, Estatuto dos Refugiados, Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e na Convenção sobre os Direitos da Criança, e reflexo da grande dimensão acerca da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, buscaremos compreender a proteção deste direito referente a esta categoria.

Em essência, analisaremos as temáticas do instituto do refúgio no tocante à sua conceituação e definição dos parâmetros para a sua concessão, à proteção internacional conferida à criança assim como abordaremos a educação no viés de um direito humano formalmente consagrado. Desta maneira, o primeiro capítulo será delineado no sentido de abordar a evolução da proteção universal dos direitos do homem resultante na consideração do refugiado como sujeito de direitos. Apresentaremos como se procedeu o desenvolvimento de instrumentos legais internacionais para a proteção das pessoas refugiadas, os requisitos necessários para que a um indivíduo seja concedido este status assim como discorreremos sobre os fundamentos legais para a sua proteção. Procede-se também a análise acerca do princípio do *non-refoulement*, seu alcance protetivo e extraterritorialidade.

No mesmo capítulo, ressaltaremos a complementaridade e a convergência entre Direito Internacional dos Refugiados e Direito Internacional dos Direitos Humanos e a importância da harmonia destes para a consolidação da finalidade comum de proteção do ser humano refugiado, aspecto essencial para alcançar a garantia de direitos em todas as esferas: civis, políticos, sociais, econômicos e culturais.

O segundo capítulo delineia a proteção conferida à criança e em especial ao menor em situação de refúgio. Debruçou-se inicialmente sobre o reconhecimento jurídico da criança como sujeito de direitos e dá-se continuidade com uma

abordagem sobre a salvaguarda desses infantes no âmbito do Estatuto dos Refugiados. Analisaremos também o cariz protetivo dos infantes em busca de refúgio na esfera da Convenção sobre os Direitos da Criança, na qual se aplica de forma mais contundente devido esta possuir um alcance maior em comparação ao Estatuto, assim como verificamos a atuação da CDC como instrumento auxiliar na interpretação da Convenção de 1951 de uma maneira a considerar as necessidades específicas das crianças. Ressaltaremos também a consequência, com o advento da Convenção, do empoderamento das crianças e do entendimento maior da Comunidade Internacional acerca da indivisibilidade e universalidade de todos os direitos humanos, essenciais para a consecução do direito à educação das crianças refugiadas.

Ressaltaremos igualmente neste capítulo a importância advinda com ratificação da CDC por quase todos os países e pelo fato de conseguir reunir e aprofundar disposições de direitos humanos, relevantes para as crianças, que anteriormente encontravam-se dispersas em diversos instrumentos e exercem papel essencial na implementação dos direitos ali elencados. Mencionaremos ainda, neste segundo capítulo, a relevância da implementação de três princípios fundamentais, manifestadores de aspectos substantivos e processuais concernentes à decisão de uma solicitação de refúgio envolvendo crianças: o princípio da não discriminação, o direito de exprimir livremente a sua opinião e o interesse superior da criança. Este último exerce função importante por requerer consideração prioritária e sobreposição em qualquer deliberação em que envolva crianças, em todas as etapas do procedimento da solicitação de refúgio, bem como quando haja diferentes interesses em apreço, inclusive o risco de se obstar o acesso ao ensino na análise de um caso concreto.

O terceiro capítulo aborda o direito à educação e o seu status de direito humano positivado na seara de direito internacional em diversos instrumentos. Torna-se necessário inicialmente posicioná-lo como um direito social, de segunda dimensão, inserido no núcleo mínimo destes e, portanto, requerente de uma atuação positiva do Estado e de uma possibilidade jurídica assecuratória da efetividade de um conteúdo minimamente essencial deste direito.

Ainda neste terceiro capítulo, procederemos acerca da análise do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e seu papel em reafirmar o direito à educação, assegurado de forma gratuita quanto ao ensino primário e ser generalizado e acessível na esfera secundária, assim como estabelecer a progressividade na implementação deste direito, mas, contudo, ressaltar a existência igualmente de obrigações de aplicação imediata e sem retrocessos, de suma importância na garantia do exercício ao direito à educação. Aborda-se também acerca dos critérios da disponibilidade, adaptabilidade, aceitabilidade e acessibilidade por serem parâmetros necessários à realização plena do direito à educação pelos Estados.

Por fim, dissertaremos ainda sobre os mecanismos de justiciabilidade e juridicidade na observância da aplicação do direito à educação, como forma de verificação da sua eficácia. Apresentaremos igualmente a importância da internacionalização e da inter-relação entre o direito à educação e a CDC por esta apresentar um foco específico nas crianças.

## CAPÍTULO 1

### 1.O Refugiado como sujeito de direitos

**Sumário:** 1. O Refugiado como sujeito de direitos. 1.1 Considerações iniciais. 1.2 Contexto jurídico dos refugiados nos Regimes Internacionais. 1. 2. 1 A proteção do refugiado através do princípio do *non-refoulement* 1.3 Complementaridade e convergências entre o Direito Internacional dos Refugiados e Direito Internacional dos Direitos Humanos.

## 1. O REFUGIADO COMO SUJEITO DE DIREITOS

### 1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Após os resultados desastrosos da Segunda Guerra Mundial, a Comunidade Internacional sentiu a necessidade de uma proteção universal mais eficaz dos direitos do homem, para que o atropelo e as violações maciças dos valores essenciais do ser humano não tornassem a se repetir.<sup>5</sup> Embora no período anterior a 2ª guerra já se vislumbassem manifestações de proteção do ser humano e tentativas de internacionalização do indivíduo pelo direito internacional, é somente a partir da aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, impulsionada pelas disposições contidas na Carta das Nações Unidas de 1945, que se tem o início da fase inaugural da proteção internacional do ser humano.<sup>6</sup>

A DUDH apresenta em seu bojo uma carta de princípios e proclama a tutela universal de forma igualitária de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e

---

<sup>5</sup>TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2ª edição, 2000. p.23 aduz que: “ A Segunda Guerra Mundial e todos os horrores nela praticados atestaram o fracasso da humanidade em promover e proteger os direitos humanos, mas, igualmente, fez surgir, embora dolorosamente, as bases desse novo Direito, fundadas, principalmente e essencialmente, nas urgentes e necessárias promoção e proteção da dignidade da pessoa humana em âmbito universal.

<sup>6</sup>MARTINS, Ana Maria Guerra. Direito internacional dos direitos humanos: relatório: programa, conteúdos e métodos de ensino teórico e prático. Coimbra: Almedina, 2006. p.101

culturais. A partir deste momento histórico assiste-se ao surgimento de uma concepção contemporânea de direitos humanos<sup>7</sup>, introduzida com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na qual começa a se desenvolver o direito internacional sobre a humanidade, complementado pela adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção de direitos fundamentais da pessoa humana.

A Comunidade Internacional presencia assim a manifestação de uma progressiva transição paradigmática, cujo potencial amplificador teve o condão de elevar uma proteção, que em fases anteriores existia somente no âmbito interno dos países, a uma salvaguarda internacional dos direitos da pessoa humana, assecuratória dos direitos dos cidadãos perante o Estado em que vivem ou diante de Organizações Internacionais.<sup>8</sup>

Desta forma, assiste-se ao surgimento e à consolidação de um sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos, tendo como fundamento o valor da dignidade da pessoa humana<sup>9</sup> de cariz universal e indivisível, em que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e a titularidade de direitos<sup>10</sup>, integrados por tratados internacionais de proteção e complementados por sistemas regionais que possuem o fito de internacionalizar os direitos humanos nos planos regionais. Inicia-se assim, a partir da adoção da DUDH, um processo de alastramento de um direito de proteção internacional da pessoa humana, composto de particularidades e caracterizado pelo surgimento de uma multiplicidade de instrumentos internacionais de direitos da pessoa humana.

---

<sup>7</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Saraiva, 2008. p.13 PIOVESAN afirma que concepção contemporânea de direitos humanos traduz-se em uma unidade interdependente, indivisível e interrelacionada, onde o ideais da igualdade e liberdade se coligam e se perfazem.

<sup>8</sup> Pureza refere sobre uma mutação paradigmática conducente de um paradigma estadocêntrico à um paradigma da sociedade global. PUREZA, José Manuel. Ordem jurídica, desordem mundial: um contributo para o estudo do Direito Internacional. *In*: Revista crítica de ciências sociais. Coimbra: 2002. nº 64, pp. 3-40

<sup>9</sup> MARTINS, Ana Maria Guerra. Direito internacional dos direitos humanos: relatório: programa, conteúdos e métodos de ensino teórico e prático Coimbra: Almedina, 2012. p. 94

<sup>10</sup> PIOVESAN, Flávia. Declaração Universal de Direitos Humanos: desafios e perspectivas. Revista Brasileira de Estudos Jurídicos v. 9, n. 2, jul./dez. 2014 p.35.



Nesse ínterim, perante as catastróficas violações dos direitos humanos e atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, acrescidas do fato de uma omissão injustificada da Comunidade Internacional em não intervir nos assuntos domésticos dos Estados, tem-se como consequência direta um enorme contingente de deslocados de guerra.<sup>11</sup> Nesse diapasão, acirra-se a preocupação internacional pela estabilidade da Europa assim como inicia-se uma mobilização significativa com o escopo de encontrar uma solução humanitária para as milhares de pessoas desenraizadas de seus países desencadeada pela Segunda Guerra Mundial<sup>12</sup>.

Desta feita, como consequência da apreensão gerada e como meio de assegurar a garantia das liberdades fundamentais dessa categoria de indivíduos deslocados de seus países, a DUDH veio manifestamente reconhecer o direito de asilo e desta maneira afirmá-lo como um direito universal e inalienável. Nesse contexto, tem início o desenvolvimento de instrumentos legais internacionais para a proteção das pessoas refugiadas.<sup>13</sup>

## 1.2 CONTEXTO JURÍDICO DOS REFUGIADOS NOS REGIMES INTERNACIONAIS

A Convenção das Nações Unidas de 1951 relativa ao estatuto dos refugiados<sup>14</sup> e o seu Protocolo Facultativo de 1967<sup>15</sup> são os instrumentos jurídicos internacionais mais importantes para assegurar a proteção das pessoas em situação de refúgio e estabelecerem os requisitos para a determinação do status de refugiado, seus direitos e deveres bem como as obrigações pertinentes aos Estados de acolhimento. Ademais, fornecem um código universal e atribuem um carácter social e humanitário aos problemas das pessoas em situação de refúgio, forçadas a abandonarem os países onde residiam, como consequência de perseguições,

<sup>11</sup> SUDRE, Frédéric Droit européen et international des droits de l'homme / Frédéric Sudre. - 7ème ed. ref. - Paris : P.U.F., 2005. p.13

<sup>12</sup> HOBBSBAWN, E. Era dos extremos: o breve século XX (1914-1991). São Paulo: Companhia das Letras. 1995. p.45

<sup>13</sup> O nº 1 do artigo 14 da Declaração Universal dos Direitos Humanos consagrou o direito de asilo *latu sensu* ao aduzir que “ toda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países”. Disponível em <https://dre.pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> .

<sup>14</sup> Doravante apenas Convenção ou Convenção de 1951.

<sup>15</sup> Doravante apenas Protocolo.

conflitos violentos, graves violações de direitos humanos ou outras formas de violência <sup>16</sup>.

A Convenção define o conceito de refugiado, os fundamentos legais para a proteção deste grupo social bem como as razões que preenchem os critérios de perseguição, requisito essencial para a obtenção da proteção sob o manto do estatuto. Consoante assertiva de Hathaway, a instituição do refúgio deu-se por meio de três momentos de abordagem: a jurídica, caracterizada pelo reconhecimento do pertencimento do indivíduo a determinado grupo necessitado de proteção social e individualista; a abordagem social que se deu por meio do provimento de assistência internacional para determinados grupos de refugiados em decorrência de acontecimentos políticos e sociais; o terceiro momento se dá por intermédio da abordagem individualista, no qual o exame do mérito individual da solicitação de cada requerente de refúgio é a característica principal<sup>17</sup>.

Nesse sentido, o artigo 1 da Convenção estabelece os critérios para que um indivíduo seja reconhecido como refugiado e aponta quatro elementos definidores desta condição <sup>18</sup> : estar fora do seu país de origem; a falta de vontade ou a incapacidade deste Estado de onde fugiu em proporcionar-lhe proteção ou de facilitar-lhe o retorno, atribuída a um fundado temor de perseguição por razões de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a um determinado grupo social ou por opinião política <sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> ACNUR. Manual de Procedimentos e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiado: de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao estatuto dos refugiados. Genebra. 1992. p.1

<sup>17</sup> HATHAWAY, James C. e FOSTER, Michelle. The Law of Refugee Status. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. pp 5-7

<sup>18</sup> Cf. Artigo 1.a.(2) da Convenção de 1951. Para GOODWIN-GILL, Guy S. The Refugee in International Law. 2nd Edition. Oxford: Claredon Press, 1996. p.3. "O sentido de qualquer definição ou descrição da classe de refugiados é, portanto, o de facilitar, e justificar, o auxílio e a proteção; além disso, na prática, a satisfação dos critérios indica a habilitação ao exercício dos direitos e benefícios".

<sup>19</sup> Segundo Joan Fitzpatrick, Revitalizing the 1951 Refugee Convention, 9 Harv. Hum. Rts. J. (1996), p. 229, a definição contida na Convenção é imprecisa por não abordar adequadamente as migrações forçadas contemporâneas motivadas em sua maioria por violência sem foco persecutório.

Na mesma premissa, no parágrafo 2 do artigo 1 (a) da Convenção <sup>20</sup> encontra-se a definição geral e os critérios positivos para que uma pessoa seja considerada refugiada e tem na expressão “fundado temor de perseguição” seu elemento constitutivo principal. Neste contexto, a averiguação de cada solicitação individual é fundamentada com base na avaliação dos elementos subjetivos do “temor” da pessoa solicitante de refúgio, acrescentado do elemento objetivo exposto baseado no requisito fundado<sup>21</sup>.

A Convenção elenca cinco motivos que podem caracterizar o critério de perseguição para que se reconheça a qualidade de refugiado: raça, religião, nacionalidade, grupo social e opiniões políticas<sup>22</sup>. Apesar de constituir um critério essencial para a obtenção do status de refugiado, os diplomas internacionais não definem o elemento “perseguição” e, em virtude dessa ausência na definição, há um fomento dos problemas concernentes à aplicação do instituto<sup>23</sup>.

Acentua-se que os requisitos de “fundado receio de perseguição” e a “falta de proteção nacional” são os pressupostos essenciais que devem ser demonstrados na fase de apreciação dos pedidos de proteção, não sendo suficiente apenas a subjetividade presente na convicção do elemento perseguição. Em suma, devem ser igualmente demonstradas nas circunstâncias factuais o requisito objetivo da razoabilidade e o fundamento deste receio, de acordo com os juízos de grau e proporcionalidade <sup>24</sup>. É necessário que haja uma violação severa de direitos

---

<sup>20</sup> Cf. Artigo 1 da Convenção de 1951. Sobre a interpretação dos vários elementos da definição encontrada no Artigo 1 da Convenção de 1951, cfr. UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), Interpreting Article 1 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees, April 2001, disponível em : <http://www.refworld.org/docid/3b20a3914.html> , acessado 2/06/2018

<sup>21</sup> Cfr. ACNUR. Manual... , op.cit., p. 68

<sup>22</sup> Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados. 1951. Disponível em [http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugueses/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf?view=1](http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugueses/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1) acesso em 02.04.2018

<sup>23</sup> JUBILUT, Liliana Lyra. O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: Método. 2007, p.45

<sup>24</sup> GOODWIN-GILL, Guy S. The refugee in international law. Oxford: Clarendon, 1985 p. 63 aduz que: “Elemento fundado temor olha mais para o futuro do que o passado, é um elemento de combinação de fatores objetivos e subjetivos. O medo e a dimensão deste, sentido por um indivíduo em particular é incapaz de ser quantificado. Se o testemunho do aplicante for consistente e credível, referente ao medo, então pouco pode ser exigido no campo da prova formal”.

fundamentais, de maneira real ou potencial, bem como que seja determinada a entidade responsável pelo respectivo comportamento lesivo <sup>25</sup>, para que dessa forma se preencham os elementos necessários para a configuração da noção de perseguição, sob pena de indeferimento do pedido devido a ausência de fatos consubstanciadores do elemento persecutório. <sup>26</sup>

A análise casuística no contexto da situação concreta de cada aplicante, assim como fatos antecedentes, são relevantes na avaliação da solicitação. Nesse sentido, quando se consegue demonstrar, de modo razoável, que a permanência ou retorno ao país de origem se tornou intolerável pelos motivos previstos na definição expressa no instrumento legal, o temor alegado pelo solicitante tende a ser considerado como fundado <sup>27</sup>. Devido à impossibilidade de um tratamento equitativo a todos os solicitantes de refúgio, o critério do temor objetivo é adotado como meio de verificação da condição de refugiado <sup>28</sup>, na medida em há uma presunção de que todos os aplicantes já possuem a comprovação de ter sofrido um temor subjetivo simplesmente pelo ato de solicitar o refúgio, sendo a aferição da gravidade da ameaça realizada pela probabilidade da sua consumação<sup>29</sup>. Assim sendo, o fato impulsionador de um receio de perseguição deve respeitar o critério da razoabilidade e basear-se em uma realidade fática de caráter objetivo, contudo ponderado em cada caso individualmente.

Todavia, a norma estabelecida na Convenção não constitui diretriz exclusiva ou impeditiva aos Estados no tocante à adoção de critérios próprios, no que concerne aos processos do poder decisório e ao estabelecimento dos meios de

---

<sup>25</sup> FREITAS, Tiago Fidalgo de. O conceito de refugiado nos ordenamentos jurídicos internacional, europeu e português *in* “O Contencioso do Direito de asilo e Proteção Subsidiária. 2.<sup>a</sup> edição atualizada. p.185. Disponível em [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo\\_fiscal/eb\\_O\\_contencioso\\_do\\_direito\\_de\\_asilo\\_e\\_protecao\\_subsidiaria\\_2edicao.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_O_contencioso_do_direito_de_asilo_e_protecao_subsidiaria_2edicao.pdf)

<sup>26</sup> HATHAWAY, op.cit., p.105 considera que “ a violação prolongada e sistemática de direitos humanos básicos, demonstrativa da falha de proteção do Estado, equivale à perseguição e legitima a proteção internacional . No mesmo sentido , Cfr. A. Zimmerman / C. Mahler, The 1951 Convention relating to the status of refugees and its 1967 Protocol: A Commentary, p. 345.

<sup>27</sup> Cfr. ACNUR. Manual..., op.cit., p 13.

<sup>28</sup> Cfr. JUBILUT, Liliana Lyra. O Direito internacional... op.cit., p. 470

<sup>29</sup> OLIVEIRA, A. Sofia Pinto. Direito de asilo. *In*: Tratado de direito administrativo especial. Coimbra: Almedina. 2017, p. 46

implementação a nível nacional, no que diz respeito às avaliações da consideração de uma pessoa na condição de refugiada.<sup>30</sup> Como consequência dessa liberdade de interpretação, há divergências no modo em que os Estados atuam e aplicam a lei, acabando por lhes conceder-lhes o poder de adotar uma concepção mais restrita da definição<sup>31</sup>.

É forçoso destacar que o reconhecimento da condição de refugiado trata-se de ato meramente declaratório e não constitutivo, não possui o efeito de atribuir-lhe a qualidade de refugiado, mas sim constatar esta condição<sup>32</sup>. Desta feita, a aquisição de direitos pelos solicitantes de refúgio sob o direito internacional é baseada automaticamente no fato da satisfação substancial da definição de refugiado e, portanto, todos os elementos fáticos que impulsionaram o solicitante à fuga do país de origem fazem com que o Estatuto a ele seja aplicado.<sup>33</sup> O preenchimento dos critérios enunciados para a determinação da concessão de refúgio, na definição estabelecida de acordo com a Convenção, ocorre necessariamente no momento anterior ao da declaração formal da condição de refugiado e não tem como efeito atribuir-lhe essa qualidade, mas sim constatar-la<sup>34</sup>.

Pelo fato da Convenção conter uma limitação geográfica-temporal<sup>35</sup>, aliado ao surgimento de novas categorias de refugiados não definidas no âmbito deste ordenamento e, para que todas as diferentes situações de refúgio possam estar amparadas por igual estatuto, no seio da Organização das Nações Unidas é assinado, em 1967, o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, com o escopo de estender a aplicação da Convenção a todos os tipos de pessoas que se refugiam.

---

<sup>30</sup> Cfr. Guy S GOODWIN-GILL, op.cit, p. 296.

<sup>31</sup> HATHAWAY, James. A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law. Harvard International Law Journal. Vol 31. 1990. p 129

<sup>32</sup> PIOVESAN, Flávia. O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. In: ARAÚJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme Assis. (coords.) O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.58. No mesmo sentido GOODWIN-GILL, Guy S. The Refugee in International Law. 2nd Edition. Oxford: Claredon Press, 1996. p.68 : A pessoa torna um refugiado no momento que ele satisfaz a definição, portanto a definição formal do status é declaratória e não constitutiva.

<sup>33</sup> Cfr. Hathaway, The Rights of Refugees ... , op.cit., p.11

<sup>34</sup> Cfr. ACNUR. Manual... , op.cit., p. 10

<sup>35</sup> Cf. Artigo 1 da Convenção de 1951 . Por aplicar-se somente às pessoas que se refugiaram em decorrência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951

Contudo, novas manifestações desse fenômeno migratório foram surgindo e, para que se pudessem atender às novas formas de deslocamento que não se enquadravam nas situações previstas na Convenção de 1951 e em seu Protocolo, bem como para ultrapassar as dificuldades substantivas, as lacunas interpretativas de conceitos<sup>36</sup> e para abranger os desafios específicos de cada região, foram estabelecidos instrumentos regionais tais como a OUA<sup>37</sup> e a Declaração de Cartagena<sup>38</sup>, que possuíram o escopo de ampliar o conceito definido no Estatuto dos Refugiados e pela Comunidade Internacional.

### 1.2.1 A PROTEÇÃO DO REFUGIADO ATRAVÉS DO PRINCÍPIO DO *NON-REFOULEMENT*

Dentre os princípios centrais da Convenção de Genebra, assume o papel de alta relevância para a proteção das pessoas em situação de refúgio o princípio do *non-refoulement* ou da não devolução, um limite jurídico à saída compulsória das pessoas em situação de refúgio que consiste em um dos elementos essenciais para a eficácia dos direitos elencados na Convenção assim como para o reconhecimento da proteção internacional do refugiado. A salvaguarda contida neste preceito se concretiza pelo fato de impedir violações diversas de direitos humanos a que este grupo estaria sujeito, caso regressassem ao país onde haja receio de perseguição ou ameaça à sua vida ou liberdade. Assim assinala a Convenção de 1951, no número 1 do artigo 33<sup>39</sup>.

“Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua

<sup>36</sup> Cfr. HATHAWAY, A Reconsideration... , op.cit. p 165.

<sup>37</sup> A Convenção da Organização de Unidade Africana (OUA) incluiu como causas ensejadoras do pedido de asilo a “agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública”. Disponível em [http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/convencao\\_refugiados\\_oua.pdf](http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/convencao_refugiados_oua.pdf)

<sup>38</sup> A Declaração de Cartagena, por seu turno, instituiu um conceito mais amplo ao incluir situações de “violência generalizada, agressão estrangeira , conflitos internos e violações massivas de direitos humanos e outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.” Disponível em [http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD\\_Legal/Instrumentos\\_Internacionais/Declaracao\\_de\\_Cartagena.pdf?view=1](http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf?view=1)

<sup>39</sup> Redação *ipsis litteris* do número 1 do artigo 33 da Convenção. Disponível em [http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf](http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf)

liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas”.

Para uma melhor compreensão e diferenciação entre as medidas compulsórias dirigidas aos não nacionais de um determinado país, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca da definição do *refoulement* e dos conceitos distintos das situações em que consiste a extradição, deportação e expulsão. Quanto à extradição, consiste em um ato facultativo e bilateral inserido no âmbito da cooperação judiciária entre dois Estados, decorrente do direito punitivo destes.

A extradição compreende uma “transferência do indivíduo que se encontra no território de um Estado para as autoridades de outro, mediante solicitação, por aí se encontrar arguido ou condenado por prática de um crime, sendo entregue às autoridades do país solicitante”.<sup>40</sup> Quando a determinação de extradição for referente a um refugiado ou solicitante de refúgio, as necessidades especiais de proteção aplicadas a esta categoria devem ser observadas<sup>41</sup>.

Concernente ao instituto da expulsão, trata-se de uma ordem de saída demandada de modo autônomo e unilateral por um Estado em relação a estrangeiros que se encontram em seu território<sup>42</sup>. Desta forma, corresponde a uma ordem de exclusão compulsória dada a um indivíduo por ter entrado ou permanecido irregularmente em um determinado Estado, assim como em virtude de comportamentos nocivos ou outros motivos relevantes para o interesse de um país, tais como uma situação de atentado contra a segurança nacional<sup>43</sup>.

Importante referir sobre a garantia procedimental acerca da proibição da expulsão coletiva decorrente do Direito internacional dos direitos humanos no

---

<sup>40</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa: anotada. 4ª ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Volume I. pp.528 e ss.

<sup>41</sup> ACNUR, Nota de Orientação sobre Extradição e Proteção Internacional de Refugiados. Genebra, 2008.

<sup>42</sup> Ana Rita Gil pondera que a diferenciação em um caso concreto entre uma ordem de expulsão e de uma decisão de recusa de entrada no território não é simples de se atingir. GIL, Ana Rita. Imigração e direitos humanos. Lisboa: Petrony, 2017. p.30

<sup>43</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa: anotada. 4ª ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007 Volume I. pp.528 e ss.

exercício do *ius excludendi*<sup>44</sup>. A medida de expulsão em conjunto de não cidadãos viola o princípio da não discriminação, posto que há a ausência de uma análise individualizada da situação de cada expulsando e somente leva-se em consideração no momento da avaliação, o critério da proveniência ou etnia desse grupo <sup>45</sup>.

Já quanto ao instituto da deportação, este não possui um cariz punitivo e constitui-se em uma modalidade de exclusão de um estrangeiro em virtude deste encontrar-se em situação irregular diante os requisitos exigidos para a entrada ou permanência em um determinado país. Corresponde a um ato voluntário e unilateral do Estado, podendo sua determinação fundamentar-se igualmente pelo comportamento pessoal do requerido, bem como pela gravidade de uma concreta ameaça ou ofensa por este praticada.

No que diz respeito ao princípio do *non-refoulement*, este veda o retorno de uma pessoa ao país de origem por quaisquer meios: não admissão na fronteira, recusa em admitir a entrada de quem não possua documentos válidos, recondução sumária, deportação, expulsão, regresso forçado, extradição, entre outros. Proíbe-se dessa maneira a repatriação involuntária de refugiados sob qualquer forma para um território em que a sua vida ou liberdade possa ser violada. O risco de dano irreparável diante a ofensa aos seus direitos humanos é condição suficiente para impedir o seu *refoulement*.

A responsabilidade dos Estados não é limitada apenas pelas ações ocorridas dentro do seu território, é condicionada sobretudo à possibilidade da conduta ser atribuída ou não àquele país e não sujeita à condição da ocorrência da ação no âmbito do seu território ou fora dele. Evidencia-se dessa forma o escopo extraterritorial do princípio, cujo alcance da proteção do princípio do *non-refoulement* abrange todas as formas de remoção forçada, inclusive situações de não admissão nas fronteiras, interceptações em alto mar ou em águas territoriais de países

---

<sup>44</sup> Cf. Artigo 22 da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, adotada em 18 de Dezembro de 1990, A/RES/45/158; Convenção Europeia de Direitos Humanos, Artigo 4 do Protocolo No. 4 – Proibição de expulsão coletiva de estrangeiros, de 30 de Abril de 2017.

<sup>45</sup> GIL, Ana Rita. Imigração e direitos humanos. Lisboa: Petrony, 2017. p.617



terceiros.<sup>46</sup>

Verifica-se que, pelo alcance e caráter internacional da situação enfrentada pelas pessoas em busca de refúgio, o princípio da proibição de rechaço representa um instrumento de proteção essencial a este grupo, independentemente da obtenção do status de refugiado, ao impedir qualquer medida que teria o efeito de colocá-los em risco de devolução a um lugar de ameaça. A obrigação do respeito ao princípio do *non-refoulement* vincula os Estados signatários da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967. Quanto a este último, mesmo que um Estado seja parte somente do Protocolo, estará igualmente obrigado à aplicação do princípio em virtude do impedimento em formular reservas à proibição de expulsão ou de rechaço contida no artigo 33 da Convenção<sup>47</sup>.

Nas situações onde os países de acolhimento não são signatários da Convenção de 1951 e tampouco do Protocolo, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados exerce papel relevante na aplicação da salvaguarda disposta pelo princípio do *non-refoulement* para a proteção internacional dos solicitantes de refúgio que se encontram situados em Estados não abrangidos por aqueles dois instrumentos internacionais. A importância do ACNUR na realização da defesa desta categoria de pessoas se deve ao fato de, no que concerne à aplicação da proteção através do princípio da não devolução, quando presente uma situação em exame de proibição de expulsão ou de rechaço, o Alto Comissariado não se encontra vinculado somente à Convenção e ao Protocolo podendo basear-se em quaisquer instrumentos e princípios do Direito Internacional<sup>48</sup>.

Desta maneira, através de seu mandato, a intervenção do ACNUR pode ser requisitada como fundamento de uma determinação positiva do status de refugiado,

---

<sup>46</sup> LAUTERPACHT, E. & BETHLEHEM, D.: The Scope and Content of the Principle of Non-refoulement. In FELLER, E. & TÜRK, V. & NICHOLSON, F. (Ed.). Refugee Protection in International Law – UNHCR's Global Consultations on International Protection. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p.337. Neste sentido, sobre a aplicação da proibição do refoulement em uma ação extraterritorial, inclusive ocorridas em alto mar, Cf. Caso Hirsi Jamaa and Others v. Italy. ECHR, 23 February 2012, disponível em: <http://www.refworld.org/cases,ECHR,4f4507942.html>

<sup>47</sup> Cf. Protocolo de 1967 Relativo aos Refugiados, número 2, artigo 7.

<sup>48</sup> LAUTERPACHT, E. & BETHLEHEM, D.: The Scope and Content ...op cit..p.96

a fim de que alcance a proteção da pessoa em situação de refúgio que não se encontre inserida nos critérios exigidos pelos dois instrumentos internacionais supramencionadas <sup>49</sup>.

Em suma, a abrangência à vedação ao *refoulement* encontra-se ampliada para além dos países signatários da Convenção, corroborando para o fortalecimento do princípio, por intermédio da complementaridade de proteção oferecida pelos demais ordenamentos internacionais de proteção aos direitos humanos <sup>50</sup>. Segundo salienta Cançado Trindade, “as aproximações entre o direito internacional dos refugiados, o direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional humanitário tiveram o efeito de ampliar o conteúdo normativo do princípio do *non-refoulement*”<sup>51</sup>.

A proibição de repulsão não se aplica apenas ao país de origem do refugiado, mas de igual modo em qualquer outro Estado onde haja receio de que o solicitante possa vir a sofrer perseguição, desde que se configure algum dos motivos passíveis de proteção e elencados na Convenção. Nos casos em que, em virtude de um procedimento de expulsão, o indivíduo expulsando for encaminhado a um Estado diferente do seu país de origem, deverá haver a garantia de que o refugiado ou o solicitante de refúgio não ficará exposto a nenhum risco de perseguição, tortura ou sofrimento irreparável naquele país ou em um terceiro território em que exista tal

---

<sup>49</sup> O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) foi criado através de decisão da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 14 de Dezembro de 1950 e em seu estatuto encontra-se estabelecida a atribuição de garantir a proteção internacional dos refugiados enquadrados no âmbito da sua competência, abrangendo-os independentemente dos limites temporais e geográficos presentes na Convenção de 1951 e protocolo de 1967 e quaisquer outros instrumentos internacionais. Neste sentido, ACNUR, Manual de Procedimentos e Critérios a Aplicar para Determinar a o Estatuto de Refugiado - de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados. Genebra, 1992.

<sup>50</sup> O princípio do *non-refoulement* encontra previsão em diversos outros instrumentos internacionais de proteção da pessoa humana: artigo 3º da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; no artigo 16 da Convenção Interamericana para Proteção contra o Desaparecimento Forçado; na Convenção da Organização de Unidade Africana- OUA, em seu artigo 11-3, artigo 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

<sup>51</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI. In: A. P. Cachapuz Medeiros (Org.) Desafios do Direito Internacional Contemporâneo. Brasília: Funag, 2007, p.445.

risco.<sup>52</sup> Contudo, por não existir uma definição comum quanto aos critérios “perseguição”, “tortura”, “degradante” ou “cruel”, na prática, os organismos nacionais e internacionais dispõem de amplos poderes de apreciação para dar conteúdo aos termos supracitados<sup>53</sup>.

Consoante assertiva de Goodwin, a aplicação deste dispositivo nas avaliações para se determinar a constatação do critério de perseguição deve ser realizada de maneira individual em cada caso concreto, tendo em consideração a percepção de integridade de cada indivíduo, ao mesmo passo a conscientização de que há variação na maneira como cada solicitante do estatuto suporta a ameaça ou a perseguição sofrida<sup>54</sup>. As garantias contra a devolução ao país de origem são aplicadas às pessoas independentemente de que tenha sido atribuído o reconhecimento formal do status de refugiado<sup>55</sup>.

Ademais, tendo em conta a determinação da condição de refugiado possuir natureza meramente declaratória, a proteção de não repelir abrangida pelo princípio possui validade desde o momento da solicitação do refúgio ou mesmo perante uma mera intenção de reconhecimento oficial.<sup>56</sup>

Convém assinalar que o princípio do *non-refoulement* possui exceções em sua aplicação ao estabelecer que as questões relacionadas à segurança e à integridade

<sup>52</sup> ACNUR. Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, 26 January 2007, available at: <http://www.refworld.org/docid/45f17a1a4.html> [accessed 4 June 2018]

<sup>53</sup> PIRJOLA aduz que o princípio do *non-refoulement* contém um paradoxo pois embora os Estados se tenham comprometido a respeitar o princípio ao aderir à Convenção de 1951 e às principais convenções de direitos humanos, o seu conteúdo não está estabelecido no direito internacional, tendo os Estados se comprometido com um princípio cujo conteúdo é indeterminado. Pirjola, J. Shadows in Paradise – Exploring *Non-Refoulement* as an Open Concept. In *International Journal of Refugee Law*. Vol 19. 2007. p 620

<sup>54</sup> Cfr. GOODWIN-GILL, Guy S. op.cit., p.38

<sup>55</sup> No caso Família Pacheco Tineo vs. Bolívia, julgado em , a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu violação ao princípio do non refoulement . Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2013/9390>

<sup>56</sup> No continente Europeu, tem-se desenvolvido jurisprudência de efeito ampliador do cariz protetivo do princípio da não devolução elencado na Convenção de 1951, através de entendimentos acerca do artigo 3º da Convenção Europeia, e possui o condão de posicionar o *non refoulement* como norma peremptória de Direito Internacional dos Direitos Humanos. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado . A humanização do direito internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 533

territorial, ameaça a paz ou a soberania do país no qual se encontre ou no caso do requerente possuir condenação definitiva por crime ou delito particularmente grave são situações passíveis de serem enquadradas nas hipóteses de aplicação das exceções. Devido à liberdade quanto à avaliação das situações a serem definidas como “perigosa”, “motivo sério” ou “grave ameaça”, a definição apresentada pelo artigo apresenta certa subjetividade em sua interpretação e, desta maneira, possibilita aos Estados violarem o princípio.<sup>57</sup>

Cumprе salientar que a proteção, o alcance e o conteúdo das obrigações de não devolução abrangem igualmente os regimes jurídicos da deportação, da expulsão e da extradição, ou seja, quaisquer medidas ensejadoras da saída compulsória do estrangeiro situado em um determinado território. Desta maneira, um Estado encontra-se impedido de realizar a retirada forçada de um refugiado caso o procedimento adotado venha a lhe expor, por exemplo, a riscos substanciais de violações graves de direitos humanos. Contudo, caso demonstrado pelo Estado expulsante que a pessoa em situação de refúgio enquadra-se no âmbito de uma das hipóteses de exceção dispostas no artigo 33 da Convenção de 1951 e, portanto, não habilitado dessa forma a concessão do status de refugiado, poder-se-á proceder com quaisquer dos movimentos de remoção explicitados<sup>58</sup>.

Registra-se que, quando no exame das situações possíveis de enquadramento na norma, o devido processo legal, o princípio da necessidade e da proporcionalidade devem ser sempre assegurados. O Estado de acolhimento deverá contemplar todas as salvaguardas adequadas ao convencimento da aplicação da exceção constante na norma, assim como deve haver um nexo entre a expulsão do refugiado e a eliminação do perigo que esta pessoa representaria para a segurança

---

<sup>57</sup>Cf. Artigo 33 (2) da Convenção: O benefício da presente disposição não poderá ser, todavia, invocado por um refugiado que por motivos sérios seja considerado um perigo para a segurança do país no qual ele se encontre ou que, tendo sido condenado definitivamente por crime ou delito particularmente grave, constitui ameaça para a comunidade do referido país. UN General Assembly, Convention Relating to the Status of Refugees, 28 July 1951, United Nations, Treaty Series, vol. 189, p. 137, Disponível em: <http://www.refworld.org/docid/3be01b964.html>

<sup>58</sup>ACNUR, Nota de Orientação Sobre Extradição e Proteção Internacional de Refugiados. Genebra, 2008.

nacional ou para a ordem pública<sup>59</sup>.

Convém destacar que a idade do destinatário da medida de proteção contida no princípio é irrelevante, devendo proceder-se a análise das circunstâncias individuais de cada solicitante em que a negação desta proteção, sem a avaliação individual pode ser inconsistente com a proibição do *non refoulement*<sup>60</sup>. Desta feita, quando em causa a análise de repulsão de uma criança, a devolução desse infante sem o exame individualizado da sua situação no momento da solicitação do Estatuto, além de violar o princípio da não repulsão, fere o princípio elencado na CDC sobre o direito da criança em expressar livremente sua opinião em questões que a afetem e de ser ouvida nos procedimentos correspondentes<sup>61</sup>.

Sob os auspícios do princípio da não discriminação, quanto ao cumprimento das obrigações previstas na CDC, o Comitê Sobre os Direitos das Crianças recomendou que os Estados-parte não devam remover os infantes com base nos mesmos requisitos aplicados aos refugiados adultos. A avaliação dessas ameaças deverão ser conduzidas de maneira sensível à idade do aplicante assim como levar em consideração os efeitos distintos de que essas violações ocasionam em pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade, como possuem as crianças em situação de refúgio<sup>62</sup>.

O Comitê sobre os Direitos da Criança ampliou a proteção do princípio da não repulsão para as crianças em situação de refúgio, ao incluir a expressão “danos irreparáveis”, que se refere a um conjunto amplo de direitos, “tais como, mas não limitados, àqueles contemplados nos artigos 6 e 37 da Convenção”, cuja violação

---

<sup>59</sup> O Alto Comissariado das Nações Unidas aduz que “o perigo para o país anfitrião deve ter mais peso que o do dano que possa sofrer a pessoa requerida como resultado de sua devolução ACNUR. Nota de Orientação sobre extradição e proteção internacional de refugiados. ACNUR. Genebra, 2008. Disponível em : <http://www.refworld.org/docid/49f96a4f2.html>

<sup>60</sup> Lauterpacht, E. & Bethlehem, D.: The Scope and Content of the Principle of Non-refoulement. In FELLER, E. & TÜRK, V. & NICHOLSON, F. (Ed.). Refugee Protection in International Law – UNHCR’s Global Consultations on International Protection. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p.118

<sup>61</sup> Cf artigo 13 da Convenção Sobre os Direitos da Criança. O princípio será melhor analisado no capítulo seguinte.

<sup>62</sup> Cf. General Comment nº. 6 (2005) , Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, U.N. Doc. CRC/GC/2005/6.

fruto tanto de uma medida diretamente intencional bem como a ocorrida em consequência indireta de uma ação ou inação do Estado, possa acarretar um dano substancial irreparável ao infante caso se proceda o seu *refoulement*.<sup>63</sup>

Nos âmbitos regionais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu o Parecer Consultivo sobre as crianças migrantes no qual se pronunciou sobre a aplicação do princípio da não devolução, ao estabelecer que: “qualquer decisão sobre a devolução de uma criança ao país de origem ou a um terceiro país seguro apenas poderá basear-se nos requerimentos de seu superior interesse, tendo em consideração que o risco de violação de seus direitos humanos pode adquirir manifestações particulares e específicas em razão da idade”<sup>64</sup>.

Já no âmbito do CEDH, a Corte estabeleceu que, em situações nas quais haja o envolvimento de crianças, a expulsão de um familiar é também condicionada pela proteção do superior interesse da criança e impõe a exigência de se proceder a uma análise individualizada do risco real de sujeição a penas ou tratamentos desumanos e degradantes. Em um caso paradigmático, o caso Tarakhel contra Suíça, a Corte decidiu que, na hipótese dos requerentes (dentre estes seis crianças) fossem devolvidos à Itália sem que as autoridades suíças tivessem obtido garantias individuais de que os procedimentos adotados seriam de uma maneira adaptada à idade dos infantes, violado estava o artigo 3º da CEDH e, conseqüentemente, a proteção do *non refoulement* <sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> O Comitê sobre os Direitos da Criança em seu Comentário Geral nº 06 asseverou que os “Estados não devem devolver uma criança a um país onde haja motivos substanciais para acreditar que existe um risco real de danos irreparáveis para a criança. Cf. General Comment nº. 6 (2005), op cit .

<sup>64</sup> Cf. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Parecer Consultivo OC-21/14 “Direitos e Garantias de crianças no contexto da migração e/ou necessidade de proteção internacional. 19 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.refworld.org/cases,IACRTHR,54129c854.html> . acessado em 8 de setembro de 2018.

<sup>65</sup> Cf. Tarakhel v. Switzerland, Application no. 29217/12, Council of Europe: European Court of Human Rights, 4 November 2014, available at: <http://www.refworld.org/cases,ECHR,5458abfd4.html>

### 1.3 COMPLEMENTARIDADE E CONVERGÊNCIAS ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS E O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

O Direito Internacional dos Direitos Humanos caracteriza-se por ser uma vertente contemporânea, de cientificidade jurídica e possuidor de uma autonomia dogmática, cujo escopo está centrado na proteção das pessoas e não mais dos Estados, como se configurava no direito internacional antes do surgimento do DIDH<sup>66</sup>.

O ser humano, objeto dessa salvaguarda, é visto como categoria abstrata e não de forma seletiva, sendo por isso irrelevante a origem, a raça, a religião, a idade ou quaisquer particularidades inerentes ao indivíduo. As novas formas de relações jurídicas passaram a ser regulamentadas neste ramo do direito, que veio afirmar a personalidade e a capacidade jurídica plena da pessoa humana e estabelecer a estandardização das perspectivas universalistas de direitos humanos, bem como a constituição dos valores da igualdade e da dignidade da pessoa humana como alicerce comum.

Assim, o DIDH fundamenta-se nos valores da identidade universal e no princípio da igualdade de todos os seres humanos, sendo composto por um “*corpus juris*” dotado de uma multiplicidade de instrumentos internacionais de proteção, de natureza e efeitos jurídicos variáveis, na forma de tratados e resoluções, operando nos âmbitos tanto global como regional <sup>67</sup>. O doutrinador Jorge Miranda sintetiza o regime internacional dos direitos humanos como sendo um direito de cooperação multilateral e não somente de coordenação, devido à independência de reciprocidade entre Estados, de cariz fortemente objetivo e de fonte convencional em virtude da sua essência situar-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>68</sup>.

Dessa maneira, somente após a consagração dos direitos e das liberdades fundamentais é que se amolda o Direito Internacional dos Refugiados, cujas fontes

---

<sup>66</sup> TRINDADE, Antônio Carlos Cançado, Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, volume I, 2003; Porto Alegre. *Sérgio Fabris Editor*. 2003. p.38

<sup>67</sup> Cfr. *Ibidem*, p.39

<sup>68</sup> MIRANDA, Jorge. Curso de direito internacional público. 6ª ed., rev. atual. Parede: Principia, 2016. p.330

de direito internacional Público, notadamente os tratados, costumes internacionais e os princípios gerais de direito constituem-se como alicerce normativo deste ramo. O regime jurídico internacional dos refugiados tem na Convenção de Genebra de 1951 e no Protocolo de 1967 a sua base positiva universal, constituindo-se nos principais diplomas legais assecuratórios dos níveis mínimos de direitos essenciais desta categoria. Para além destes, são complementados ainda pelos princípios e critérios normativos estabelecidos na DUDH.<sup>69</sup> Nesta premissa, os pactos PIDESC e o PIDCP embora não versem especifica e exclusivamente sobre os direitos de pessoas em situação de refúgio, asseguram em seu corpo jurídico o respeito aos direitos humanos de todas as pessoas, contemplando deste modo as que se encontram em refúgio.

Através dos princípios gerais de direitos humanos é que se originou o regime internacional dos refugiados, correspondendo o DIDH tanto como fonte de princípios protetivos desta categoria quanto, ao mesmo passo, exerce a função complementar desta proteção.<sup>70</sup> Os princípios possuem a incumbência de servir como fundamento para as concessões temporárias de refúgio no âmbito do direito internacional dos refugiados. Assumem vital importância os princípios da dignidade humana, o da cooperação internacional e o princípio da solidariedade.

Acerca do princípio da solidariedade, importante referir que o DIR tem sua fundamentação inserida sob uma ótica solidarista, correspondendo este recurso à solidariedade a uma matriz essencial para a cooperação entre os Estados, por trazer como embasamento ético uma concepção de justiça distributiva dos custos e das dificuldades, gerados pelo afluxo maciço de pessoas em deslocamento<sup>71</sup>. Da mesma forma, o princípio da cooperação internacional constitui-se em um dos alicerces legais dos quais o instituto do refúgio se fundamenta. Positivado no preâmbulo da Convenção de Genebra, a cooperação internacional assume vital importância entre os países para a consecução efetiva da salvaguarda dos refugiados.

---

<sup>69</sup> JUBILUT, Lílíana Lyra. O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro. São Paulo: Método, 2007. p.88

<sup>70</sup> Cfr. *Idem, ibidem.* p.60

<sup>71</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva 2015. p. 67.



Assim, tendo em conta esta proteção ser exercida no âmbito interno de um Estado, a eficácia desta fica condicionada em grande parte à internalização dos ordenamentos jurídicos.<sup>72</sup> Acentua-se a importância dos mecanismos de cooperação tendo em vista que, as medidas exercidas por um Estado na temática dos refugiados podem desencadear consequências em outros países. A título de exemplo, quando um Estado fecha suas fronteiras e impede dessa maneira a entrada de pessoas em busca de refúgio, essa categoria de pessoas desloca-se para outros países vizinhos que, por sua vez, irão suportar o ônus dessa medida.

Ademais, a atuação cooperativa conjunta entre diversos entes é essencial para que se protejam esse contingente de deslocados. Nesse diapasão, é importante ressaltar o papel exercido pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados em cooperação conjunta com os Estados onde se localizam os refugiados. Hodiernamente, o direito internacional dos refugiados e o direito internacional dos direitos humanos estão intimamente interligados<sup>73</sup> e não se concebe mais uma visão fragmentada das vertentes, vindo a ocorrer um aumento na aplicação simultânea destas normas “alimentada pela identidade do propósito comum de proteção do ser humano em todas e quaisquer circunstâncias”, corroborando desta maneira para uma maior complementaridade e interdependência destes ramos de proteção da pessoa humana<sup>74</sup>.

Assim, a Comunidade Internacional testemunha uma evolução para uma concepção integral da proteção dos direitos humanos, manifestada por meio de uma aproximação nos planos conceitual, normativo, hermenêutico e operacional<sup>75</sup>. Com efeito, os Direitos Humanos têm sido vistos como um aparato de normas que podem

---

<sup>72</sup> JUBILUT, Liliana Lyra. O Direito Internacional...op.cit.p.88

<sup>73</sup> Apesar de muitos elementos concernentes ao Direito Humanitário convergirem e tratam acerca dos refugiados, não será intuito deste trabalho abordar estes aspectos, concentrando o enfoque na convergência entre os ramos do Direito dos Refugiados e de Direitos Humanos.

<sup>74</sup> TRINDADE, Antônio Carlos Cançado, Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, volume I, 2003; Porto Alegre. *Sérgio Fabris Editor*. 2003. p.340

<sup>75</sup> PIOVESAN, Flávia. O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. In: ARAÚJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme Assis. (coords.) O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.27

compensar as deficiências presentes no Direito Internacional dos Refugiados <sup>76</sup>, em que a verificação de violações dos direitos humanos dos indivíduos em busca de refúgio é o principal parâmetro para aplicação do Direito Internacional dos Refugiados neste grupo e, “devido a sua maior aplicabilidade e escopo de proteção mais alargado, o regime internacional dos direitos humanos engloba as garantias mais específicas do DIR” <sup>77</sup>. A inter-relação desses ramos deve ser respeitada em todas as fases do processo de solicitação, ou seja, nas etapas preventivas, durante a fase de refúgio propriamente dita, assim como nas etapas de soluções duradouras: repatriação voluntária, integração local e reassentamento <sup>78</sup>.

Ressalte-se que a apreciação dos motivos ocasionadores da problemática do deslocamento visa oferecer uma melhoria das condições de vida dessa categoria de pessoas e consiste na parte essencial da dimensão preventiva, na qual a possibilidade da sua realização somente se perfaz diante do cumprimento pleno dos direitos humanos. Quando a pessoa em busca de refúgio já se encontra em um terceiro país, ou seja, na etapa de refúgio propriamente dita deve-se proceder a observância dos requisitos necessários para que proceda uma estadia em consonância com o princípio da dignidade humana e dos direitos humanos mais essenciais, notadamente o acesso à saúde, à educação, à moradia e alimentação.

De igual forma, deve ser observado o respeito aos direitos da pessoa humana na fase de implementação de soluções duradouras, no qual a aplicação do princípio do *non-refoulement* assume vital importância na concretização dessas medidas. Procedimento semelhante deve ser exercido quando a decisão a se tomar for a de repatriação voluntária que deverá ser realizada de forma segura e com respeito à

---

<sup>76</sup> GORLICK, Brian. Aduz ainda o autor que:” dada a limitação do regime dos refugiados, faz sentido buscar o complemento nos padrões e mecanismos de direitos humanos para reforçar os objetivos de resposta legal. Gorlick, Brian. (Mis)perception of Refugees, State Sovereignty, and the Continuing Challenge of International Protection in Human Rights And Refugees, Internally Displaced Persons And Migrant Workers: Essays In Memory of Joan Fitzpatrick and Arthur Helton. Edited by Anne F. Bayefsky. Leiden, 2006. Journal of Refugee Studies, Volume 20, Issue 1, 1 March 2007, p. 65, disponível em <https://doi.org/10.1093/jrs/fel034>

<sup>77</sup> JUBILUT, L.. O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo, 2007. p.60.

<sup>78</sup> TRINDADE, Cançado. As três vertentes da Proteção Internacional da pessoa Humana. San José/ Brasília, IIDH/CICV/ACNUR, 1996, p. 117

dignidade da pessoa humana repatriada.

Pode-se perceber a manifestação da convergência em diversos instrumentos internacionais e regionais, tais como a Declaração de San José sobre os Refugiados e Pessoas Deslocadas de Dezembro de 1994 e a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989. Na Declaração de San José, há o reconhecimento expresso das convergências entre os sistemas de proteção,<sup>79</sup> ao passo que na CDC <sup>80</sup> quando da aplicação da prestação e da assistência humanitária em benefício das crianças refugiadas, esta se aplica considerando os direitos humanos<sup>81</sup>.

É indispensável destacar o papel fundamental, referente à vinculação entre as vertentes assim como na observância da proteção dos direitos humanos, exercido pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados<sup>82</sup> e publicitadas pelo seu Comitê Executivo por meio de recomendações, orientações interpretativas e conclusões<sup>83</sup>. O ACNUR tem forte atuação nas determinações do status de

---

<sup>79</sup> A Declaração de San José sobre os Refugiados e Pessoas Deslocadas, em sua “Conclusões e Recomendações”, reconhecem que a violação dos direitos humanos é uma das causas dos deslocamentos e que a proteção destes direitos constituem a melhor medida para a busca de soluções duráveis.

<sup>80</sup> Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos da Criança, doravante CDC, aduz em seu Artigo 22: “Os Estados Partes tomam as medidas necessárias para que a criança que requeira o estatuto de refugiado ou que seja considerada refugiado, de harmonia com as normas e processos de direito internacional ou nacional aplicáveis, quer se encontre só, quer acompanhada de seus pais ou de qualquer outra pessoa, beneficie de adequada proteção e assistência humanitária, de forma a permitir o gozo dos direitos reconhecidos pela presente Convenção e outros instrumentos internacionais relativos aos direitos do homem ou de carácter humanitário, de que os referidos Estados sejam Partes”.

<sup>81</sup> Ver também conclusão adotada pelo Comitê Executivo do ACNUR nas Diretrizes sobre Proteção Internacional N. 08 HCR/GIP/09/08

<sup>82</sup> Doravante ACNUR ou Agência. “.Nota de orientação sobre extradição e proteção internacional de refugiados, Abril 2008: O Alto Comissário das Nações Unidas para os Refugiados, actuando sob a autoridade da Assembleia Geral, assumirá a função de proporcionar proteção internacional, sob os auspícios das Nações Unidas, aos refugiados que reúnam as condições previstas no presente Estatuto, e de encontrar soluções permanentes para o problema dos refugiados, ajudando os Governos e, sujeito a aprovação dos Governos interessados, as organizações privadas, a fim de facilitar o repatriamento voluntário de tais refugiados ou a sua integração no seio de novas comunidades nacionais.

<sup>83</sup> Como exemplo tem-se a Conclusão nº 22 que enfatizou a necessidade de reafirmar normas mínimas básicas dos direitos humanos no tratamento das pessoas. ACNUR, Protection of Asylum-Seekers in Situations of Large-Scale Influx No. 22 (XXXII) - 1981, 21 October 1981 disponível em: <http://www.refworld.org/docid/3ae68c6e10.html> ; Em seu discurso realizado na 50ª Sessão, afirmou que o “respeito pelos direitos humanos é também essencial para a proteção dos refugiados nos países de asilo ACNUR, RLD5 -

refugiado entre os Estados que não aderiram à Convenção e Protocolo, porém abrigam enormes números de refugiados.

Além disso, a proteção internacional dos refugiados deve ser aplicada segundo os princípios da universalidade, indivisibilidade e interdependência dos Direitos Humanos<sup>84</sup> e visando a impedir, dessa maneira, a “subalternização” de uns direitos frente aos outros, devendo alcançar tantos direitos civis e políticos como sociais, econômicos e culturais, em harmonia com a DUDH e tratados internacionais de proteção dos direitos humanos<sup>85</sup>. Salienta Hector Gross Espiel (1986) que “somente através do reconhecimento integral de todos esses direitos é que se pode assegurar a existência real de cada um deles, já que sem a efetividade de gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais.”<sup>86</sup>

É oportuno ressaltar a contribuição em prol de uma maior convergência e interrelacionalidade entre os ramos de direito, exercidas pela primeira e segunda Conferência Mundial de Direitos Humanos. A realização da I Conferência, ocorrida em Teerã, em 1968, representou a fase de implementação do PIDESC e PIDCP, assim como a etapa de realização da primeira avaliação global dos instrumentos internacionais de direitos da pessoa humana, oportunizando dessa forma um reconhecimento da universalidade dos direitos humanos através da “asserção

---

Human Rights and Refugee Protection, 1 October 1995, RLD5, disponível em: <http://www.refworld.org/docid/3ccea4494.html> Vide também o documento do ACNUR, Crianças Refugiadas: Diretrizes sobre Proteção e Cuidado, Genebra, 1994, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3470.html>

<sup>84</sup> A Conferência de Viena, de 1993, reconheceu e ampliou a universalidade, indivisibilidade, interrelação dos Direitos Humanos. TRINDADE, Augusto Cançado. A II Conferência Mundial de Direitos Humanos: O legado de Viena. *In*:. A Incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. 2. ed. San José: IIDH, 1996. Para um maior desenvolvimento sobre o princípio da indivisibilidade dos direitos humanos, cf., entre outros: ALEXANDRINO, José de Melo, A indivisibilidade dos direitos do homem à luz da dogmática constitucional, in O Discurso dos Direitos, Coimbra Editora. 2011 p. 179/203; Cf Donnelly, Jack. Universal Human Rights in Theory and Practice. Cornell University Press, 1989.

<sup>85</sup> MARTINS, Ana Maria Guerra. Direito internacional dos direitos humanos: relatório sobre o programa, conteúdos e métodos de ensino teórico e prático. Lisboa : [s.n.], 2005. p.175

<sup>86</sup> Hector Gross Espiel, 1986 apud PIOVESAN, Flávia. Direitos Sociais: Proteção nos sistemas internacional e regional interamericano. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 5, p. 67-80, outubro/2009

enfática da indivisibilidade”.<sup>87</sup> A Proclamação de Teerã assim refere em seu parágrafo 13<sup>88</sup>:

“Uma vez que os direitos humanos e liberdades fundamentais são indivisíveis, é impossível a plena realização dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos económicos, sociais e culturais. O alcançar de um progresso duradouro na realização dos direitos humanos depende de políticas de desenvolvimento económico e social acertadas e eficazes, a nível nacional e internacional.”

Da mesma forma, na ocasião da II Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em Viena, de 14 a 25 de junho de 1993, houve a consagração dos princípios da universalidade, da interdependência e da indivisibilidade dos direitos humanos. Procedeu-se a avaliação dos avanços na salvaguarda da pessoa humana bem como objetivou-se identificar alternativas para a superação dos problemas encontrados na consecução de uma maior eficácia dos mecanismos destinados para a proteção da pessoa humana<sup>89</sup>.

Vale ressaltar, no âmbito da Segunda Conferência da Declaração e Programa de Ação de Viena, houve a propugnação por uma ratificação universal da CDC e efetiva adoção e execução de medidas de diversas naturezas pelos Estados signatários, necessárias à sua efetiva implementação. Afirmou-se ainda a necessidade de consolidar os mecanismos nacionais e internacionais de salvaguarda de todas as crianças, inseridas neste rol as que se encontram em situação de refúgio.<sup>90</sup>

Assim, quando se verifica a inter-relação convergente entre os ramos do DIDH, do Direito Internacional dos Refugiados e do Direito Internacional Humanitário, potencializa-se a dimensão da proteção dirigida às pessoas vítimas de deslocação

---

<sup>87</sup>TRINDADE, Antônio Carlos Cançado, Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, I, Porto Alegre: Eduardo Fabris. 2003 p.234

<sup>88</sup>ONU, Proclamação de Teerã, 13 de maio de 1968, disponível em : <http://www.refworld.org/docid/3ae6b36f1b.html>

<sup>89</sup> Trindade, Cançado. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n.10. julho. 1994

<sup>90</sup>ONU, Declaração e Programa de Ação de Viena. 12 de julho de 1993 A/CONF.157/23, disponível em: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b39ec.html>

forçada, nas suas vertentes referentes ao processo hermenêutico, diretrizes operacionais e normatividade <sup>91</sup>. O DIDH complementa e reforça a proteção dos direitos dos refugiados por meio da aplicação de instrumentos internacionais de direitos humanos, tais como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) <sup>92</sup> que têm o condão de ampliar a proteção legal elencada na Convenção de 1951. Com efeito, a conjugação desses instrumentos, juntamente com a Declaração de 1948 e a implementação de inúmeros tratados multilaterais de direitos humanos resultou na “Carta Internacional dos Direitos Humanos” <sup>93</sup>, um sistema global de proteção <sup>94</sup>.

Neste diapasão, a violação dos direitos humanos deve ser analisada sob uma perspectiva global, inserida nesta os direitos econômicos, sociais e culturais, nos quais o escopo comum é a salvaguarda da pessoa humana. Neste âmbito de proteção internacional dos direitos humanos e possuidor de relevante atuação em direção à convergência entre os instrumentos internacionais, inclui-se a Convenção sobre os Direitos da Criança que constitui um reforço aos preceitos gerais de direitos humanos ao mesmo passo que imputa outros direitos especificamente voltados para as crianças<sup>95</sup>.

A CDC, ao estabelecer acerca da prerrogativa a uma prestação adequada de proteção e assistência humanitária destinada às crianças <sup>96</sup>, demonstra a sua inter-relação com o Estatuto dos Refugiados ao corroborarem na busca de soluções e

---

<sup>91</sup> Trindade, Antônio Augusto Cançado. A humanização do direito internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 589

<sup>92</sup> Para Ana Maria Guerra Martins, o PIDESC e o PIDCP constituem o núcleo duro do DIDH. Martins, Ana Maria Guerra, Direito internacional dos direitos humanos: relatório: programa, conteúdos e métodos de ensino teórico e prático. Coimbra: Almedina, 2012 p.128

<sup>93</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, , p. 215

<sup>94</sup> DONNELLY, Jack. Universal Human Rights in Theory and Practice. Cornell University Press, NY, 2003, p. 27. Aduz ainda o autor que os direitos elencados na carta representam o amplo consenso alcançado acerca dos requisitos minimamente necessários para uma vida com dignidade.

<sup>95</sup> A Convenção sobre os Direitos da Criança foi adotada em Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989.

<sup>96</sup> Cf. artigo 22 da Convenção Sobre os Direitos das Crianças.

garantias processuais para as crianças em situação de refúgio, por intermédio de uma interpretação mais sensível do Estatuto<sup>97</sup> e, dessa forma, reduzir a invisibilidade das crianças no processo de determinação do status de refugiado.

Da mesma forma, a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais das pessoas em situação de refúgio são complementadas pelas normas de direito internacional dos direitos humanos concedidas a todas as pessoas sujeitas à jurisdição de um Estado e não apenas aos nacionais deste. É através de uma maior aceitação da teoria da indivisibilidade dos direitos humanos que ocorre a implementação mais eficaz dos direitos econômicos, sociais e culturais, sendo necessário, portanto que se proceda a uma visão integral e abrangedora de todos os direitos humanos, vistos como um só corpo de direitos para que dessa forma a proteção destes direitos reste fortalecida.<sup>98</sup>

---

<sup>97</sup> Sobre a consideração das peculiaridades das crianças, Cf ACNUR, Diretrizes sobre Proteção Internacional nº 08, Solicitações de Refúgio apresentadas por Crianças, nos termos dos Artigos 1(A)2 e 1(F) da Convenção de 1951 e/ou do Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados . Disponível em: <http://www.refworld.org/docid/4b2f4f6d2.html>

<sup>98</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI. Rev. bras. polít. int., Brasília , v. 40, n. 1, p. 167-177, June 1997 . Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S003473291997000100007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S003473291997000100007&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 06 de Outubro de 2018.

## Capítulo 2

### 2. Constituição dos Direitos das Crianças

**Sumário:** 2. Constituição dos Direitos das Crianças. 2.1 Mecanismos de proteção da criança através do Estatuto dos Refugiados. 2. 2 A atuação da Convenção dos Direitos da Criança na proteção da criança refugiada 2.2.1 O princípio da não discriminação. 2. 2. 2 O interesse superior da criança. 2.2.3 O princípio pelo respeito às opiniões das crianças.

### 2. CONSTITUIÇÃO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS

Até o final do século XIX, não havia uma preocupação social e jurídica quanto à proteção específica dos direitos das crianças<sup>99</sup>, e predominava uma concepção redutora dos infantes, os quais eram vistos como “adultos em miniatura” e negligenciados pela consciência social <sup>100</sup>, consistindo o período da infância em uma etapa muito curta da vida do ser humano. As crianças, no contexto dos direitos humanos, apresentavam uma invisibilidade jurídica e um elevado grau de dependência.

Acerca dos direitos das crianças, sob uma perspectiva histórica, Alexandrino refere sobre a existência de quatro grandes modelos históricos: primeiro o modelo clássico no qual houve a negação deste direito, seguido do modelo do protecionismo liberal, em que fora depositado nos pais a direção da formação da personalidade da criança, em terceiro surge o modelo libertário que assumiu a plenitude da autonomia

---

<sup>99</sup> A Definição de criança será a adotada pelo art. 1º da Convenção Sobre os Direitos da Criança: “... todo o ser humano com menos de dezoito anos”. Cf. Convenção Sobre os Direitos da Criança. Disponível em: [https://www.unicef.pt/media/1206/0-convencao\\_direitos\\_crianca2004.pdf](https://www.unicef.pt/media/1206/0-convencao_direitos_crianca2004.pdf) Acesso em 20 de junho de 2018).

<sup>100</sup> ARIËS, Philippe. História social da criança e da família. 2ª ed. - Rio de Janeiro: Guanabara, 1986. p.156 . No mesmo sentido, Rousseau, ROUSSEAU, J.J. Emílio ou Da educação. Tradução Roberto Leal Ferreira. 3ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.78, ressaltou a especificidade da criança e rejeitava esta concepção da criança ser um adulto em miniatura, ao afirmar que trata-se de um ser com características próprias .



dos direitos das crianças e, em seguida, manifesta-se o modelo de proteção, formado pelos direitos fundamentais e pelos direitos humanos da criança.<sup>101</sup>.

É somente em 1924 que se inicia efetivamente o processo de constituição dos direitos e especificidade das crianças em âmbito internacional, tendo como marco inicial a aprovação pela Sociedade das Nações, da Declaração Universal dos Direitos das Crianças de Genebra, cujo advento veio significar o primeiro documento internacional a reconhecer direitos aos infantes. Essa Declaração possuía como característica principal posicionar a criança em uma situação de passividade, considerando-as meramente como um objeto de proteção dos adultos. Tem-se, a partir da Declaração, o início de uma visão voltada ao reconhecimento e à legitimação das crianças como sujeitos merecedores de uma proteção especial.

Entretanto, é a partir de 1959, com o advento da Declaração Universal dos Direitos da Criança, proferida pela ONU, que a criança passa a ser vista como um sujeito de direitos necessitada de proteção e de cuidados especiais. Ambos os instrumentos supracitados, apesar da importância alcançada no tocante à promoção do respeito aos direitos das crianças pela Comunidade Internacional e igualmente à reafirmação dos valores intrínsecos aos infantes, no seu cerne consistiram em uma mera enumeração de princípios de conduta, cujo conteúdo apresentavam obrigações de natureza moral e de valor simbólico, desprovidas de caráter vinculativo e sem valor jurídico obrigatório.<sup>102</sup>

Nesse ínterim, entre a Declaração de Genebra de 1924 e a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, é importante ressaltar a verificação de importantes acontecimentos que vieram robustecer a proteção especial aos direitos dos infantes. Primeiro, tem-se a criação da UNICEF, em 1946, no seio da Assembleia Geral das Nações Unidas. Inicialmente incumbida da missão de fornecer auxílio às crianças do continente europeu, no período pós-guerra, torna-se posteriormente um organismo

---

<sup>101</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. Brinquedos por direitos? In: O discurso dos direitos. Coimbra, 2011, p. 172

<sup>102</sup> TOMÁS, Catarina, Convenção dos direitos da criança: reflexões críticas, In Infância e Juventude, vol. 07, nº 4, (2007), pp. 121-145.

permanente da ONU com um mandato ampliado para atender as crianças de todo o mundo em desenvolvimento.<sup>103</sup>

O segundo episódio refere-se à publicação pela ONU da Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948 que, além de todo o leque protetivo e de respeito universal aos direitos de todos os seres humanos de todas as idades, trouxe igualmente em seu bojo um artigo específico à infância no qual assevera que estas têm direito à ajuda e à assistência especiais, e que todas as crianças gozam de proteção social.<sup>104</sup>

Também merece destaque a adoção, em 1966, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, nos quais foi reafirmada a necessidade do estabelecimento de medidas especiais de proteção em benefício de todas as crianças e adolescentes.<sup>105</sup> Em suma, todos estes instrumentos internacionais supramencionados foram de extrema relevância para o surgimento de uma nova percepção e consolidação de uma legislação internacional com atenção à infância, servindo de alicerce para a constituição da Convenção Sobre os Direitos das Crianças, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989.

Nesse diapasão, o advento da CDC significou a abolição do olhar adultocêntrico dos instrumentos internacionais assim como a uma transformação da perspectiva de proteção para um conceito efetivo de participação das crianças. Ao mesmo passo, representou o reconhecimento da personalidade jurídica das crianças como sujeito autónomo de direitos, sem contudo não privá-las do estabelecimento de medidas protetivas especiais<sup>106</sup>, em virtude de se situar em uma condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.<sup>107</sup>

---

<sup>103</sup> UNICEF PORTUGAL. Disponível em: <<http://www.unicef.pt>>. Acesso em: 20 de outubro de 2018.

<sup>104</sup> Redação *ipsis litteris* do artigo 25, número 2. Declaração Universal dos Direitos do Homem, ONU, 1948.

<sup>105</sup> Respectivamente: artigo 10 do PIDESC e artigo 24 do PIDCP

<sup>106</sup> Para Catarina Tomás, a CDC consagrou um reposicionamento simbólico, ao situar de forma concomitante a criança na posição de um objeto de proteção ao mesmo passo em

Com efeito, é a partir da Convenção de 1989 que as crianças têm firmado seu estatuto enquanto titular de direitos e deveres, ao preencherem as duas condições básicas a partir das quais, consoante assertiva de Paul Reuter, tornam-se sujeitos de direito: ser titular de direitos e obrigações estabelecidas e também sancionadas diretamente pelo Direito Internacional.<sup>108</sup> Assevera-se que a CDC é um tratado de direitos humanos internacionais de alcance universal devido a sua ampla ratificação.<sup>109</sup> Atualmente reconhecida como marco fundamental na proteção legal das crianças<sup>110</sup>, trata-se de um instrumento imperativo, de natureza coercitiva e de responsabilidade solene para os Estados <sup>111</sup>, que devem tomar medidas positivas para promover os preceitos elencados. Segundo salienta Alexandrino, “as situações jurídicas previstas na Convenção são deveres assumidos pelos Estados, relativamente à situação da criança, perante a Comunidade Internacional”<sup>112</sup>.

Desta feita, a Convenção de 1989 veio estabelecer um completo arcabouço jurídico para a proteção das necessidades específicas deste grupo social ao mesmo passo em que se dá início a uma atenção global de maior intensidade acerca da infância, integrando-a num “quadro de reflexão sobre os direitos humanos” <sup>113</sup>. Em

---

uma condição de sujeito de direitos. TOMÁS, Catarina. Convenção dos direitos da criança: reflexões críticas, In *Infância e Juventude*, vol. 07, nº 4, (2007), p. 142.

<sup>107</sup> PIOVESAN, Flávia . Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, São Paulo: Saraiva. 2015, p. 277. Neste sentido, a UNICEF refere-se sobre a CDC como o “primeiro instrumento a articular um completo conjunto de direitos aplicáveis às crianças e a promover a construção das crianças como atores sociais e sujeitos ativos de seus direitos”. UNICEF. Situação mundial da infância - Edição Especial: celebrando 20 anos da Convenção sobre os Direitos da Criança. 2009 p 19. Disponível em: [http://www.unicef.org/brazil/pt/sowc\\_20anosCDC.pdf](http://www.unicef.org/brazil/pt/sowc_20anosCDC.pdf). Acesso em: 20 de junho de 2018.

<sup>108</sup> Paul Reuter, 1993, *apud* TRINDADE, Antônio Augusto Cançado . Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos. Vol III. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003 p. 472.

<sup>109</sup> A CDC foi ratificada por quase todos os países do mundo e atualmente apenas os Estados Unidos da América não a ratificaram.

<sup>110</sup> GOODWIN-GILL, Guy S . Unaccompanied Refugee Minors: The Role and Place of International Law in the Pursuit of Durable Solutions, 3 *International Journal of Child Rights*. 1995. p.413

<sup>111</sup> PAIS, Marta Santos. A Convenção dos Direitos das Crianças (quadro inspirador de uma política global para a infância. In : *Boletim de Documentação e direito comparado*, nº 55/56, 1993. p.212

<sup>112</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. Os direitos das crianças - linhas para uma construção unitária, In: *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Janeiro 2008, p. 293

<sup>113</sup> BOLIEIRO, Helena Isabel Dias e GUERRA, Paulo - A criança e a família: uma questão de direito(s): visão prática dos principais institutos do direito da família e das crianças e jovens. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p.14

suma, ocorreu uma mudança paradigmática<sup>114</sup> ao promover a construção das crianças como atores sociais e sujeitos ativos<sup>115</sup> de seus direitos, “vistos em suas peculiaridades e particularidades, característica essencial na busca de respostas específicas e diferenciadas para os diferentes grupos sociais”.<sup>116</sup>

Conforme salienta Trindade, essa transformação significa uma visão importante no “*jus gentium* de nossos dias para a consolidação da personalidade e capacidade jurídicas internacionais do indivíduo, independentemente de seu tempo existencial”.<sup>117</sup> Inicia-se assim, uma emancipação gradativa das crianças na realização de seus direitos e na aquisição de um verdadeiro estatuto de cidadania social.

Em suma, como bem assevera Sottomayor: “a autonomia contribui para melhorar a qualidade das decisões que lhe dizem respeito e para um aprofundamento da consciência coletiva quanto à dignidade humana e direito das crianças, bem como para decisões e políticas sociais promotoras do seu desenvolvimento físico, intelectual, psíquico e emocional”.<sup>118</sup> Verifica-se que, ao adotar instrumentos de proteção especial e assim refletir a concretude e a especificidade da infância<sup>119</sup>, a CDC consagrou os direitos de autodeterminação e

---

<sup>114</sup> A respeito dessa revolução dos direitos da criança, MONTEIRO a refere como uma “tomada da bastilha” para a liberação do último grande grupo de oprimidos, de facto e de direito. MONTEIRO, A. Reis [et al.]. Direitos das Crianças - Coimbra: Faculdade de Direito, 2004. p 28 No mesmo sentido, Bhabha, Jacqueline & Wendy Young, Not Adults in Miniature: Unaccompanied Child Asylum Seekers and the New U.S. Guidelines, 11 International Journal of Refugee Law. p 93, 1999: A Convenção transforma crianças de “propriedade das famílias” em agentes individuais, de objetos a sujeitos.

<sup>115</sup> Manifestações neste sentido: Na Conclusão sobre as Crianças em Risco, No. 107 (LVIII) – 2007, o Comitê Executivo ACNUR realça a necessidade de as crianças serem reconhecidas como “sujeitos ativos de direito; Cf ainda: C.I.D.H . Opinião Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. enfatizou a consolidação da personalidade jurídica das crianças, como verdadeiros sujeitos de direito e não simples objeto de proteção.

<sup>116</sup> Conforme PIOVESAN, op.cit., p 22, é insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata na busca dessas soluções.

<sup>117</sup> Na Opinião Consultiva OC-17, de 28 de agosto de 2002, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobre a condição jurídica e os direitos humanos da criança, enfatiza ainda Cançado Trindade a consolidação da personalidade jurídica das crianças como verdadeiros sujeitos de direito e não simples objeto de proteção.

<sup>118</sup> SOTTOMAYOR, Maria Clara. Temas de direito das crianças. Coimbra : Almedina, 2014, p.48.

<sup>119</sup> Para Piovesan, esse sistema especial de proteção pretende encontrar solução para uma determinada violação de direito, de modo que a diferença não ensinaria mais a uma erradicação de direitos, mas sim para o fomento de direitos.. PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas das

de participação das crianças, corroborando desta maneira para uma melhora na qualidade das decisões políticas e sociais referentes aos direitos das crianças<sup>120</sup>.

A Convenção de 1989 teve o condão de condensar e universalizar normas e preceitos em um único instrumento, no qual anteriormente encontravam-se dispersos em diversos documentos. Esta harmonização legislativa e universalidade assente na CDC propiciou uma maior propagação dos direitos e prerrogativas elencadas, contribuindo dessa forma para a sua uniformização, standardização e internalização das normas nas legislações domésticas dos países. Segundo salienta Marta Santos Pais, a Convenção é “referência legislativa obrigatória e quadro inspirador da adoção de políticas e da elaboração de programas tendentes a promover e proteger os direitos das crianças”.<sup>121</sup>

Desta feita, devido ao seu carácter multidisciplinar, a Convenção veio reforçar e legitimar a incorporação dos seus princípios e valores consagrados para o âmbito interno dos países, acarretando assim uma maior similaridade entre os instrumentos legais bem como uma maior garantia na proteção dos direitos da infância, através de adaptações e de alterações normativas na ordem jurídica doméstica dos Estados.<sup>122</sup> Assim, com a ratificação da Convenção, os Estados Membros tornaram-se juridicamente responsáveis pelo cumprimento dos direitos das crianças e a CDC assume o “papel de matriz do edifício jurídico-normativo relativo à infância e reveste um relevo decisivo enquanto instrumento interpretativo de normas de direito interno”<sup>123</sup>.

Mediante esse novo modelo jurídico-normativo de âmbito global, no qual a CDC caracteriza-se como fonte de obrigação jurídica, temos que os Estados

---

Perspectivas dos Direitos Humanos. Cadernos de Pesquisa, v.35, n. 24, p. 46, abr. 2005. . Disponível em <https://dx.doi.org/10.1590/S0100-15742005000100004>. Acesso em 28.07.2018

<sup>120</sup> SOTTOMAYOR, Maria Clara. op.cit, p. 43.

<sup>121</sup> PAIS, Marta Santos. A Convenção dos Direitos da Criança (quadro inspirador de uma política global para a infância), Boletim de Documentação e Direito Comparado, n.ºs 55- 56; 1993. p.211

<sup>122</sup> BOLIEIRO, Helena Isabel Dias e GUERRA, Paulo - A criança e a família: uma questão de direito(s): visão prática dos principais institutos do direito da família e das crianças e jovens. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p.15.

<sup>123</sup> Cfr. Idem, ibidem. p.17.

signatários ao ratificarem, assumem um compromisso de proteger e assegurar os direitos elencados neste instrumento internacional, ao mesmo passo em que se tornam responsáveis perante a Comunidade Internacional pela observância e pelo cumprimento destes preceitos, e devem, para a consecução desses objetivos e uma melhor aplicação doméstica, proceder a adaptação de seus ordenamentos jurídicos internos.

A Convenção consagra direitos que se organizam e se dividem em três categorias: direitos de proteção, provisão e de participação. O direito protetivo evidencia a necessidade de ser dada proteção jurídica e não jurídica à criança e a importância de se respeitar os valores culturais da comunidade a qual esta pertence assim como reafirma o papel vital da cooperação internacional para que os direitos da criança sejam uma realidade.<sup>124</sup>

No contexto de crianças refugiadas, podemos inferir na categoria protetiva, a proteção exercida contra a discriminação e contra a negligência referente às prerrogativas dos infantes. Já o direito à educação se insere na categoria de direito de provisão, no qual reúnem artigos que ensejam alguma obrigação ao Estado signatário. No que concerne aos direitos de participação, estes agrupam os direitos civis e políticos, como por exemplo, a liberdade fundamental de opinião.

Acerca do monitoramento da implementação, controle e fiscalização dos direitos elencados na CDC, estes são exercidos pelo Comitê Internacional para os Direitos da Criança através da análise de relatórios periódicos enviados pelos Estados, onde dissertam sobre as medidas e procedimentos adotados no cumprimento destes direitos<sup>125</sup>. Esta sistemática de monitoramento através do envio de relatórios não possui natureza condenatória e nem caráter jurisdicional, visa apenas a uma avaliação e apreciação dos Estados acerca da eficácia das suas

---

<sup>124</sup> Cf. Preâmbulo da Convenção Sobre os Direitos da Criança.

<sup>125</sup> No exame dos progressos realizados pelos Estados Partes quanto ao cumprimento das obrigações e para que se realize a promoção efetiva da aplicação dos direitos elencados na Convenção, as agências especializadas das Nações Unidas, como a UNESCO no âmbito da educação, assim como o ACNUR na seara das crianças refugiadas, podem vir a ser convidadas a dar parecer sobre a melhor forma de garantir a aplicação e implementação da Convenção no âmbito de suas atividades e de fornecer informações respeitantes ao tema. Neste sentido, artigos 43 a 45 da CDC.

políticas implementadas.<sup>126</sup> Embora não seja revestido de força coercitiva, o papel do Comitê não se traduz em mera formalidade, pois, através das avaliações das eficácias das políticas e de mecanismos adotados pelos países, incentiva a apreciação pública, ao mesmo passo em que encoraja uma maior participação da sociedade civil.<sup>127</sup>

As atribuições e as competências do Comitê foram planeadas no mesmo estilo dos demais mecanismos convencionais responsáveis pelo monitoramento dos tratados (*Treaty Monitoring Bodies*) das Nações Unidas em matéria de direitos humanos. Periodicamente, há a publicação de orientações a serem observadas pelos Estados signatários acerca da implementação das medidas essenciais, no âmbito doméstico, para a realização plena das obrigações estabelecidas pela CDC e, dessa maneira, auxiliar os Estados quanto a uma melhor interpretação dos parâmetros estabelecidos na Convenção.

Dentre as medidas de caráter imprescindível, é oportuno ressaltar a necessidade do desenvolvimento de uma legislação nacional em consonância com a CDC, assim como o desenvolvimento de estratégias para um plano de ação doméstico para a consecução dos objetivos assumidos ao ratificarem a Convenção sobre os Direitos da Criança.<sup>128</sup>

---

<sup>126</sup> Antonio Cassese afirma que todos os Comitês em matéria de Direitos Humanos das Nações Unidas nunca vão além de elaborar críticas e observações e deixam de lado as condenações. CASSESE, Antonio. *Human Rights in a changing world*. Oxford: Polity. 1994.p.245.

<sup>127</sup> PAIS, Marta Santos. A Convenção dos Direitos da Criança (quadro inspirador de uma política global para a infância), *Boletim de Documentação e Direito Comparado*, n.ºs 55-56, p. 216.

<sup>128</sup> Neste sentido, Cf. General Comment No.5, General measures of Implementation on the Rights of the Child, UN CRC Committee, 2003. Catarina Albuquerque ressaltar que, devido à elevada quantidade de trabalho, fruto do alto número de países signatários e do vasta abrangência disciplinar da CDC, o Comitê não vem cumprindo os prazos estipulados no que diz respeito ao exame de relatórios. ALBUQUERQUE, Catarina. *As Nações Unidas, a Convenção e o Comité, Documentação e Direito Comparado*, Lisboa, n.º 83/84, Nov. 2001, p. 40.

## 2.1. MECANISMOS DE PROTEÇÃO DA CRIANÇA ATRAVÉS DO ESTATUTO DOS REFUGIADOS

A Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados agrupou de forma homogênea todos os requerentes da condição de refugiado e não apresenta uma disposição especial referente às crianças no que diz respeito à avaliação das condições para se determinar o status de refugiado. No que pese a determinação dessa condição ser questão primacial para a concessão do status e, conseqüentemente, a aptidão a uma proteção sob o manto da Convenção de 1951, a ausência de uma especificidade às crianças não obstaculiza ao reconhecimento dessa categoria. Não se ignora contudo a interpretação costumar ser feita “à luz das experiências dos adultos” <sup>129</sup>.

Para a determinação da condição de refugiado pela Convenção de 1951 necessário se faz preencher os requisitos estabelecidos no Estatuto, critérios estes que correspondem à questão primacial a ser observada para a determinação da concessão do status de refugiado e para a consecução da proteção internacional de um indivíduo. Como resultado dessa ausência de diferenciação legal entre crianças e adultos, muitas solicitações de refúgios realizadas por crianças são mal avaliadas ou ignoradas, na medida que não são vistas como indivíduos que têm direitos e interesses distintos <sup>130</sup>.

Dessa forma, ao adotar uma interpretação da Convenção que desconsidera as necessidades individuais de proteção, as peculiaridades e circunstâncias específicas enfrentadas pelos infantes, tem-se como consequência a intensificação da invisibilidade da criança refugiada, no que diz respeito aos procedimentos para a obtenção do estatuto, assim como acentua-se o risco iminente em ser devolvida ao país de origem onde corre o risco de perseguição <sup>131</sup>. Como bem observou o

---

<sup>129</sup> ACNUR. Diretrizes sobre proteção internacional nº 08. Disponível em <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9747.pdf>. Acesso em 20 de julho de 2018

<sup>130</sup> ACNUR, Diretrizes sobre políticas e procedimentos para lidar com crianças desacompanhadas que buscam refúgio, Genebra, 1997. p. 09

<sup>131</sup> ACNUR identificou a invisibilidade como um dos desafios principais que crianças enfrentam no estabelecimento do status de refugiada. UNHCR, Guidelines on International Protection No. 8: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 22 December 2009,



ACNUR<sup>132</sup>: “Juntamente com a idade, fatores como direitos específicos das crianças, o estágio de desenvolvimento da criança, o conhecimento e/ou memória das condições no país de origem, além da vulnerabilidade, também devem ser considerados para assegurar uma aplicação adequada dos critérios de elegibilidade para a condição de refugiado”.

Assim, para a obtenção do estatuto de refugiado, a criança também deve satisfazer os requisitos exigidos na definição do artigo 1 da Convenção de 1951, e demonstrar o requisito do “fundado temor de perseguição” em consonância com uma ou mais das bases apresentadas no artigo supracitado. Contudo, como bem observa o Comitê da ONU sobre os Direitos das Crianças, na análise de mérito devem ser analisados os motivos, formas e manifestações particulares de perseguição vivenciados pelas crianças<sup>133</sup>.

Quando se está em causa a avaliação de um procedimento para determinar a condição de refugiado a uma criança, deve sempre ser sopesada a sua vulnerabilidade<sup>134</sup>, a idade e o estágio de desenvolvimento do infante, seus direitos específicos e serem dadas certas salvaguardas processuais e probatórias, a fim de

---

HCR/GIP/09/08, available at: <http://www.refworld.org/docid/4b2f4f6d2.html> . Acesso em 28 julho 2018

<sup>132</sup> ACNUR, Diretrizes sobre Políticas e Procedimentos para Lidar com Crianças Desacompanhadas que buscam Refúgio, Genebra, 1997.p 10.

<sup>133</sup> Comitê da ONU sobre os Direitos da Criança, Comentário Geral No. 6 (2005): Tratamento de Crianças Desacompanhadas e Separadas Fora de Seu País de Origem, CRC/GC/2005/6, setembro de 2005. No mesmo sentido, na Diretrizes sobre proteção internacional nº 08 , a ACNUR enfatizou que “ As ações ou ameaças que podem não atingir o limite de perseguição no caso de um adulto podem se configurar em perseguição no caso de uma criança, simplesmente pelo fato de ser uma criança. A imaturidade, a vulnerabilidade, os mecanismos de enfrentamento subdesenvolvidos e a dependência, além dos diferentes estágios de desenvolvimento e capacidade limitados podem ter relação direta com a forma como as crianças vivenciam ou temem o dano”.

<sup>134</sup> No seu Comentário Geral n.º 14, o Comitê da ONU sobre os Direitos da Criança – CRC, destacou a importância de considerar a situação de vulnerabilidade em que a criança se encontra e que a mesma se refere à presença de fatores que aumentam a chance de exposição aos riscos. No mesmo sentido , a ACNUR apontou, em seu guia “Política para crianças refugiadas” , que os fatores interrelacionados da dependência, vulnerabilidade e necessidades de desenvolvimento são contribuidores para as necessidades especiais das crianças:. UNHCR Policy on Refugee Children, 6 August 1993, EC/SCP/82, available at: <http://www.refworld.org/docid/3f9e6a534.html> [accessed 29 August 2018]

que sejam tomadas decisões justas através da adoção de uma interpretação da Convenção de 1951 “sensível às necessidades das crianças”.<sup>135</sup>

## **2. 2 A ATUAÇÃO DA CONVENÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA NA PROTEÇÃO DA CRIANÇA REFUGIADA**

A Convenção de 1989 sobre os Direitos da Criança vem corroborar com a orientação de uma aplicação da definição de refugiado sensível às necessidades das crianças<sup>136</sup> e apresenta-se como uma ferramenta jurídica de auxílio substancial, principalmente em países que não ratificaram a Convenção de 1951, para uma abordagem mais abrangente na busca de soluções duráveis e de uma maneira mais ampla da que é retratada no Estatuto dos Refugiados.<sup>137</sup> Com a ratificação quase universal da CDC, cresce o empoderamento das crianças assim como o reconhecimento pela Comunidade Internacional da indivisibilidade e universalidade de todos os direitos humanos<sup>138</sup>.

Nesta premissa, devido ao seu caráter multidisciplinar e interdependente, a Convenção de 1989 complementa os direitos humanos ao reforçar as disposições gerais assim como incluem direitos específicos para as crianças. Desta forma, fornece uma referência crítica, legal e moral para o tratamento de crianças e, em certas circunstâncias, apresenta-se como o meio mais apropriado e sensível para avaliar as necessidades de proteção internacional almejadas no tocante a esta categoria<sup>139</sup>.

---

<sup>135</sup> Cf. ACNUR. Diretrizes sobre proteção internacional nº 08. Solicitações de Refúgio apresentadas por Crianças, nos termos dos Artigos 1(A)2 e 1(F) da Convenção de 1951 e/ou do Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados. Distr. GERAL HCR/GIP/09/08 de 22 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9747.pdf> acesso em 22 de agosto de 2018.

<sup>136</sup> Cfr. *idem*.

<sup>137</sup> GOODWIN-GILL, Guy S. op.cit . p 413

<sup>138</sup> Discurso do Diretor Executivo da UNICEF , James Grant, durante a Conferência Mundial de Direitos Humanos. Viena , 21 de junho de 1993. Disponível em : <http://www.cf-hst.net/unicef-temp/Doc-Repository/docs/x0007if7.pdf> Acesso em 20 de outubro de 2018.

<sup>139</sup> GOODWIN-GILL, Guy S . The United Nations Convention on the Rights of the Child and its Application to Child Refugee Status Determination and Asylum Processes: Introduction. 2012. v. 26 -3. Journal of Immigration Asylum and Nationality Law. , volume 26 nº 3, 2012 . pp. 226-231. O mesmo autor aduz ainda que, por não conter uma cláusula de derrogação geral que permita aos Estados suspender certos direitos em caso de emergência, em

É oportuno ressaltar o pioneirismo da CDC em tornar-se o primeiro instrumento internacional a expressamente referir a questão de crianças refugiadas, abrangendo princípios fundamentais e universais de proteção a esta categoria. A Convenção aborda a temática das crianças refugiadas de forma explícita em seu artigo 22, no qual reforça o direito deste grupo social a uma proteção e assistência humanitária apropriadas, enfatizando a inter-relação da CDC com outros instrumentos internacionais ao mesmo passo em que endossa a importância do papel desempenhado pela cooperação internacional na consecução desse objetivo. Assim, o artigo 22 do diploma legal assevera o seguinte:

Artigo 22 1. Os Estados Partes tomam as medidas necessárias para que a criança que requeira o estatuto de refugiado ou que seja considerada refugiado, de harmonia com as normas e processos de direito internacional ou nacional aplicáveis, quer se encontre só, quer acompanhada de seus pais ou de qualquer outra pessoa, beneficie de adequada protecção e assistência humanitária, de forma a permitir o gozo dos direitos reconhecidos pela presente Convenção e outros instrumentos internacionais relativos aos direitos do homem ou de carácter humanitário, de que os referidos Estados sejam Partes.

Para esse efeito, os Estados Partes cooperam, nos termos considerados adequados, nos esforços desenvolvidos pela Organização das Nações Unidas e por outras organizações intergovernamentais ou não governamentais competentes que colaborem com a Organização das Nações Unidas na protecção e assistência de crianças que se encontrem em tal situação, e na procura dos pais ou de outros membros da família da criança refugiada, de forma a obter as informações necessárias à reunificação familiar. No caso de não terem sido encontrados os pais ou outros membros da família, a criança deve beneficiar, à luz dos princípios enunciados na presente Convenção, da protecção assegurada a toda a criança que, por qualquer motivo, se encontre privada temporária ou definitivamente do seu ambiente familiar.

---

certos casos a CDC garante que as crianças sejam ainda melhores protegidas do que os adultos. GOODWIN-GILL, Guy S . Unaccompanied Refugee Minors: The Role and Place of International Law in the Pursuit of Durable Solutions, 3 International Journal of Child Rights. 1995. p. 411.

Assim, a CDC veio confirmar e corroborar para o reconhecimento pela Comunidade Internacional da necessidade de uma proteção especial às crianças refugiadas para que, desta forma, os Estados signatários estabeleçam medidas assecuratórias apropriadas na consecução de uma proteção necessária para essa categoria social. Em que pese esse avanço, a Convenção não fornece orientações acerca do procedimento a ser adotado pelos países no que concerne à determinação da concessão de refugiado.

Todavia, a proteção internacional de crianças refugiadas, no contexto da CDC, não está circunscrita apenas ao texto do artigo 22º e se reconduz em três princípios fundamentais, manifestadores de aspectos substantivos e processuais concernentes à decisão de solicitações de refúgio envolvendo crianças: o princípio da não discriminação, plasmado no artigo 2º; o interesse superior da criança, estabelecido no artigo 3º e o princípio pelo respeito das opiniões das crianças, consagrado no artigo 12º.<sup>140</sup>

### **2.2.1 O princípio da não discriminação**

No tocante ao princípio da não discriminação, este constitui um direito universal e encontra-se reconhecido amplamente nos ordenamentos internacionais de direitos humanos, tais como o artigo 2º da DUDH, artigos 2º e 26º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos reconhece-o em seu artigo 14º. Trata-se de um dos fundamentos orientadores de todo o sistema normativo baseado no respeito aos direitos individuais. O Comitê de Direitos Humanos da ONU definiu que considera discriminação: “toda a distinção, exclusão, restrição ou preferência que se baseie em determinados motivos, como a raça, a cor, o sexo, a língua, a religião, a opinião política ou outro tipo de opinião, a origem nacional ou social, a propriedade, o estatuto de nascimento ou qualquer outra situação, e que tenha por objetivo ou por resultado anular ou comprometer o reconhecimento, a satisfação ou o exercício por

---

<sup>140</sup> O Comitê dos Direitos da Criança identificou os três princípios, acrescido do direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento. como princípios fundadores que sustentam todos os outros artigos da CDC....UNICEF, Direitos Humanos para Crianças e Mulheres: como a UNICEF ajuda a torná-los realidade. Nova Iorque: 1999.,p.08

parte de todas as pessoas, em condições de igualdade, de todos os direitos e liberdades”<sup>141</sup>.

Desta feita, para a consideração da pessoa em situação de refúgio enquanto sujeito de direitos, a proibição da discriminação, como fundamento dos direitos desta categoria, implica ao acesso equitativo no processo de implementação das medidas de proteção e tutela dos direitos fundamentais. A proibição abrange a discriminação em todas as suas formas, tanto a sofrida devido ao status quanto a ocorrida entre diferentes grupos de crianças<sup>142</sup>. Coaduna de igual modo o artigo 3º do Estatuto dos Refugiados ao afirmar que “as disposições da Convenção serão aplicadas aos refugiados pelos Estados Membros, sem discriminação quanto à raça, à religião ou ao país de origem”<sup>143</sup>.

No que concerne às situações com as crianças refugiadas, o princípio da não discriminação deve ser aplicado em todas as suas vertentes e proíbe-se qualquer discriminação baseada no status da criança. Da mesma forma, vem implicar o acesso a procedimentos de determinação do status de refugiado justos e eficientes assim como à implementação de medidas de proteção <sup>144</sup>. Assim, através do artigo 2º da CDC, garante-se a proibição de qualquer discriminação, “independente de qualquer consideração do status da criança, dos pais ou representantes legais. De igual modo, estabelece o artigo supracitado a obrigação do Estado onde está situada a criança, de protegê-la contra todas as formas de discriminação e de tomar medidas positivas para promover os seus direitos”.<sup>145</sup> Verifica-se que o artigo 22º

---

<sup>141</sup> Comité dos Direitos do Homem (CDH), Comentário Geral nº 18, parágrafo 07, 1989.

<sup>142</sup> BUEREN, Geraldine Van. The International Law on the Rights of the Child. The Hague: Martinus Nijhoff, p.38

<sup>143</sup> Artigo 3º da Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951.

<sup>144</sup> Na ocasião do Comentário Geral nº 06, o Comité declarou que o gozo dos direitos estipulados na Convenção não se limita a crianças que são nacionais de um Estado Parte e, portanto, se não explicitamente declarado em contrário na Convenção, também estará disponível para todas as crianças - incluindo as crianças requerentes de asilo, refugiadas e migrantes “independentemente de sua nacionalidade, status de imigração ou apatridia”. General Comment No. 6 on Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin, Committee on the Rights of the Child, 2005.

<sup>145</sup> Redação do artigo 2º da CDC. O Comitê para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, no Comentário Geral conjunto com o CRC, já referiu que abordar apenas a discriminação de jure não garante necessariamente a igualdade de facto, sendo necessárias medidas positivas para prevenir, diminuir e eliminar as condições e atitudes que causam ou perpetuam a discriminação de

reafirma o princípio ao estipular que deve ser dado o benefício da proteção especial à criança refugiada<sup>146</sup>.

Em suma, trata-se de um princípio orientador, ao asseverar que a criança refugiada ou em busca de refúgio é detentora dos mesmos direitos sociais, econômicos, culturais, civis e políticos das demais crianças que vivem sob a jurisdição do Estado anfitrião.<sup>147</sup> O Comitê ressalta a importância deste princípio ao afirmar que este deve estar no centro de todas as políticas e procedimentos de migração, independentemente do status migratório das crianças ou de seus pais, assim como devem adotar medidas positivas para prevenir, diminuir e eliminar as condições e atitudes que causam ou perpetuam a discriminação de fato contra as crianças em situação de refúgio<sup>148</sup>.

## 2. 2. 2 DIREITO DE EXPRESSAR LIVREMENTE A SUA OPINIÃO

A Convenção atribui o direito às crianças de expressarem a sua opinião ao estabelecer o direito de ser ouvido e a prerrogativa de poder participar em quaisquer processos de tomadas de decisão referentes a situações que lhe digam respeito, seja de natureza judicial ou administrativa.<sup>149</sup> A implementação deste preceito

---

fato contra elas. Comentário Geral conjunto nº 3 (2017) do Comitê para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias e No. 22 (2017) do Comitê dos Direitos da Criança sobre os princípios gerais dos direitos humanos das crianças no contexto da migração internacional. 16 Novembro 2017, CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, disponível em: <http://www.refworld.org/docid/5a1293a24.html>. acesso em 29 de agosto de 2018.

<sup>146</sup> Artigo 22º CDC. Também merece menção a Declaração de Viena na afirmação que a não discriminação, deve constituir consideração primordial em todas as iniciativas dirigidas à infância. ONU. Vienna Declaration and Programme of Action (A/CONF.157/23), acesso em 25 de junho de 1993.

<sup>147</sup> European Council on Refugees and Exiles, Position on Refugee Children, 1 November 1996, disponível em : <http://www.refworld.org/docid/3c02651c6.html>

<sup>148</sup> Comentário Geral conjunto nº 3 (2017) do Comitê para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias e No. 22 (2017) do Comitê dos Direitos da Criança sobre os princípios gerais dos direitos humanos das crianças no contexto da migração internacional. 16 Novembro 2017, CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, disponível em: <http://www.refworld.org/docid/5a1293a24.html>. acesso em 29 de Agosto de 2018.

<sup>149</sup> Cf artigo 12º CDC: 1. Os Estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade. 2. Para este fim, é assegurada à criança a

reveste-se de suma importância no tocante à solicitação de refúgio devido à oportunidade criada ao infante de apresentar suas razões e exprimir as suas opiniões sobre todos os aspectos de um determinado processo que lhes dizem respeito. Acerca desta questão, o Comitê referiu que para a implementação de forma plena desta prerrogativa, qualquer reunião que possua a finalidade de analisar uma concessão de refúgio na qual haja uma criança envolvida, deve ocorrer de uma forma apropriada para crianças e a fim de que o direito de ser ouvido tenha o devido sopesamento no referido processo de solicitação, as crianças devem receber todas as informações relevantes, na sua própria língua, sobre os seus direitos assim como acerca do processo de solicitação do status de refugiado em si.<sup>150</sup>

Com efeito, os Estados devem esforçar-se para reconhecer o direito das crianças afetadas por um deslocamento forçado para que possam compreender os procedimentos inerentes a este processo, bem como expressar suas opiniões.<sup>151</sup> As informações sobre a situação anterior da criança quando se encontrava no país de origem, assim como as razões específicas que a fizeram se refugiar, devem ser igualmente avaliadas na ponderação do caso concreto.<sup>152</sup>

É importante destacar que o princípio possui igualmente grande importância na interpretação e implementação de outros direitos, os quais somente podem ser alcançados por intermédio de uma avaliação individual que venha considerar a perspectiva individual apresentada pela criança.<sup>153</sup> Assim, quando diante de uma

---

oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja directamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional.

<sup>150</sup> Quanto à relação significativa entre o direito a ser ouvido e os melhores interesses da criança, o Comitê sobre os Direitos da Criança já declarou que não pode haver aplicação correta do artigo 3º se os componentes do artigo 12 não forem respeitados. Comitê sobre os Direitos da Criança, Comentário Geral No. 12, parágrafo 74

<sup>151</sup> Neste sentido, o Comitê já se pronunciou sobre violação do artigo 3º CDC, no caso Tabitha contra Bélgica, afirmando que nenhuma medida fora tomada para assegurar que a criança tenha recebido aconselhamento adequado sobre seu procedimento para deportação e ulterior retorno ao país de origem. Sobre esta questão Cf. Tabitha Case, Corte Europeia de Direitos Humanos. Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium. Petição n. 13178/03. Estrasburgo, 12 de outubro de 2006. para. 96.

<sup>152</sup> Position on Refugee Children, 9 International Journal of Refugee law. 1997, p. 74. European Council on Refugees and Exiles.

<sup>153</sup> Comitê dos Direitos da Criança - CRC, Comentário Geral No. 12 (2009): CRC/C/GC/12. Disponível em: <http://www.refworld.org/docid/4ae562c52.html> acesso em 29.08. 18

avaliação acerca do preenchimento dos critérios exigidos para que se configure um ato persecutório, em face de um infante, exigidos pela Convenção de 1951 para a determinação da condição de refugiado, ao ouvir a criança solicitante os decisores conseguem mais facilmente perceber se esta apresenta um nível de dano físico ou psicológico mesmo que, em comparação a um adulto na mesma situação, tal dano não se configuraria.<sup>154</sup>

Desta forma consegue-se preencher os requisitos da gravidade da "perseguição" em ações que, comparativamente aos solicitantes adultos, podem não equivaler ao mesmo grau de caráter persecutório, contudo suficiente para estabelecer tal tratamento em relação às crianças. É oportuno ressaltar o significado que a adoção do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Relativo à Instituição de Um Procedimento de Comunicação representa para o exercício do direito da criança em expressar suas opiniões. Este documento veio enaltecer a importância e o respeito pelas opiniões dos infantes, ao elencar como princípio geral orientador do exercício das funções do Comitê a consideração dos direitos e opiniões da criança, no que concerne às queixas recebidas sob a alegação de violação dos seus direitos.<sup>155</sup>

### **2. 2. 3 O PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA**

O conceito do superior interesse da criança visa assegurar a fruição plena e efetiva de todos os direitos reconhecidos na CDC e o seu conteúdo deve ser determinado por meio da análise individual de cada situação, assim como por intermédio da interpretação e da aplicação do princípio, em conformidade com as

---

<sup>154</sup> Neste sentido, Diretiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Dezembro de 2011. Cf ainda CRC, Comentário Geral No. 6 (2005) Parag. 82 onde o Comitê aponta que o direito de ser ouvido é exercido também em procedimentos de repulsão que podem afetar os pais da criança, a fim de que se tenha a convicção que esta decisão não afete o interesse superior da criança.

<sup>155</sup> O quadro jurídico da CDC conta atualmente com três Protocolos facultativos, além do já mencionado Protocolo Facultativo relativo à Instituição de um Procedimento de Comunicação há ainda o Protocolo Facultativo relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil e o Protocolo Facultativo relativo à Participação de Crianças em Conflitos Armados.



outras disposições da Convenção<sup>156</sup>. É oportuno ressaltar a recomendação emanada pelo Comitê da CDC para que os Estados estabeleçam um processo claro em âmbito nacional a fim de considerar e determinar o que constitui o melhor interesse da criança em cada caso individualmente, especialmente no que diz respeito aos casos de crianças separadas, em que a permissão de acesso da criança ao território do país acolhedor constitui um pré-requisito para o processo de avaliação inicial.<sup>157</sup>

Assim, trata-se de um conceito dinâmico, flexível, adaptável e que apresenta uma natureza tripla: constitui-se em um princípio jurídico fundamentalmente interpretativo cuja aplicabilidade em uma situação jurídica passível de amplas interpretações, dar-se-á primazia àquela que efetivamente melhor corresponda ao interesse superior da criança; possui também a natureza de regra processual, pois deverá ser incluída nas tomadas de decisão nas quais será apreciada a avaliação do possível impacto (de cariz positivo ou negativo) que a decisão em análise acarretará sobre a criança; igualmente possui uma natureza de direito substantivo por conceder ao direito das crianças a garantia de que o seu interesse superior seja avaliado e que consista em uma consideração primacial em uma situação em que haja diferentes interesses em apreço, sendo o princípio em comento diretamente aplicável<sup>158</sup>.

Neste diapasão, o princípio do superior interesse assume função de vital importância nas decisões envolvendo crianças em situação de refúgio, quer queiram tratar-se de procedimentos de concessão do status de refugiado ou de remoção ao país de origem ou inclusive quando a solicitação em apreço não seja a do próprio

---

<sup>156</sup> Há na doutrina portuguesa e brasileira, uma variação quanto a designação desse princípio, quais sejam: “interesse superior da criança” e “melhor interesse da criança”, respectivamente.

<sup>157</sup> Comitê da ONU sobre os Direitos da Criança, Comentário Geral No. 6 (2005): Tratamento de Crianças Desacompanhadas e Separadas Fora de Seu País de Origem, CRC/GC/2005/6, setembro de 2005, para. 20.

<sup>158</sup> Comitê dos Direitos da Criança, Comentário geral n.º 14 (2013) sobre o direito da criança a que o seu interesse superior seja tido primacialmente em consideração. (art. 3, para. 1), 29 Maio 2013, CRC /C/GC/14, disponível em: <http://www.refworld.org/docid/51a84b5e4.html> acessado em 30 julho 2018.

infante, mas a de seus pais ou responsáveis<sup>159</sup>. O parâmetro deste preceito deverá ser sempre uma consideração prioritária em deliberações desta natureza<sup>160</sup>, em que o dever de proteger deve sempre ser considerado mesmo sem qualquer fundado receio de perseguição ou possibilidade de dano grave<sup>161</sup>. Importa referir a conclusão do Comité o qual realçou que todas as ações empreendidas a favor das crianças refugiadas devem ser orientadas pelo princípio do superior interesse. Assim elucida a Conclusão:<sup>162</sup>

#### EXCOM No. 47 (XXXVIII) CRIANÇAS REFUGIADAS.

*O Comité Executivo,*

(...)

(d) *Realçou* que todas as acções empreendidas a favor das crianças refugiadas devem ser orientadas pelo princípio do melhor interesse da criança, bem como pelo princípio da unidade da família;

(...)

(k) *Registou* que embora a melhor solução duradoura para uma criança não acompanhada dependa de circunstâncias particulares de cada caso, a possibilidade de repatriamento voluntário deve a qualquer momento poder ser encarada, **tendo em mente o melhor interesse da criança** e as possíveis dificuldades na determinação do carácter voluntário do repatriamento;

Conforme salienta Van Bueren, o princípio não cria novos direitos ou obrigações e trata-se exclusivamente de um princípio interpretativo a ser aplicado

---

<sup>159</sup> MCADAM, Jane. *Complementary Protection in International Refugee Law*. Oxford University Press, 2007. p. 178

<sup>160</sup> Importante referir a afirmação de Baronesa Hale, no caso ZH (Tanzania) (FC) v Secretary of State for the Home Department, onde sublinhou a importância da consideração primária de que os interesses superiores da criança devem ter, porém aduziu também que não trata-se de um princípio absoluto e portanto pode ser superado pelo efeito cumulativo de outras considerações. Cf. ZH (Tanzania) (FC) (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent), [2011] UKSC 4, United Kingdom: Supreme Court, 1 February 2011

<sup>161</sup> Goodwin-Gill and Hurwitz (2002) *apud* MCADAM, Jane. *Seeking Asylum under the Convention on the Rights of the Child: A Case for Complementary Protection*. 2006. *International Journal of Children's Rights*. p. 251

<sup>162</sup> ACNUR, *Refugee Children No. 47 (XXXVIII)* - 1987, 12 October 1987, disponível em : <http://www.refworld.org/docid/3ae68c432c.html> acessado 30 August 2018.

em todas as questões referentes às crianças<sup>163</sup>. O preceito exerce função essencial na exegese de casos concretos apresentados diante as solicitações de refúgio envolvendo crianças, nas quais as vulnerabilidades específicas de cada aplicante deste grupo social devem ser avaliadas de forma individual, para que dessa forma consiga-se determinar a real necessidade de uma proteção internacional e configurar qual a melhor decisão a ser tomada beneficiaria o superior interesse do infante.<sup>164</sup>

Desta feita, o superior interesse da criança deve ser considerado como parâmetro hermenêutico a orientar a concessão de refúgio deste grupo em todas as etapas do seu procedimento, devendo se sobrepor a quaisquer outras considerações e requer que “as necessidades de desenvolvimento da criança estejam na linha de frente do pensamento dos tomadores de decisão”<sup>165</sup>. Neste diapasão, para além da importância exercida na função interpretativa, trata-se igualmente de uma norma de competência, habilitada a criar normas ou decisões, bem como refere-se a uma norma impositiva na medida em que ordena aos decisores a ponderar, na tomada de uma decisão, inserida no contexto dos bens e interesses relevantes, qual o interesse superior da criança.<sup>166</sup>

No que respeita a atuação do princípio como ferramenta de apoio ao acesso a uma educação gratuita e de qualidade, o ACNUR já referiu que “a satisfação desta necessidade e o reforço das responsabilidades da criança para ultrapassar as limitações das suas vulnerabilidades de qualquer tipo, é do seu interesse superior”.<sup>167</sup> À guisa de exemplo, o Comitê dos Direitos da Criança ao estatuir sobre

---

<sup>163</sup> BUEREN, Geraldine Van . The International Law on the Rights of the Child. The Hague: Martinus Nijhoff, 1998. p.46

<sup>164</sup> BHABHA , J & YOUNG, Wendy. Not adults in miniature: unaccompanied child asylum seekers and the new U.S. guidelines , International Journal of Refugee Law, volume 11, 1999. Disponível em <https://doi.org/10.1093/ijrl/11.1.84>

<sup>165</sup> European Council on Refugees and Exiles, Position on Refugee Children, 1 November 1996, disponível em: <http://www.refworld.org/docid/3c02651c6.html>. O Comitê também ressaltou que o interesse superior do da criança é particularmente crucial durante o período imediatamente após a determinação do asilo.

<sup>166</sup> ALEXANDRINO, José de Melo, Os direitos das crianças: linhas para uma construção unitária In: O discurso dos direitos. - Coimbra, 2011, p. 86

<sup>167</sup> UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), Guidelines on Determining the Best Interests of the Child, May 2008, disponível em : <http://www.refworld.org/docid/48480c342.html> , acesso 30 Agosto 2018.

a consideração primacial a que o interesse superior deva ter em qualquer avaliação, afirmou que o acesso a uma educação gratuita de qualidade constitui-se também em interesse superior da criança.<sup>168</sup>

É oportuno ressaltar que, sempre em estrita observância ao interesse superior da criança, a proteção do direito à educação infantil foi ampliada após a adoção do Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, relativo à instituição de um procedimento de comunicação. Adotado em Nova Iorque, em 19 de dezembro de 2011, este protocolo habilitou o Comitê de Direitos da Criança quando em causas graves ou sistemáticas violações de direitos dos infantes, dentre eles a negação ao acesso a uma educação, para que se proceda à apreciação de petições individuais, a investigações nos territórios da ocorrência, assim como que se adote medidas provisórias em situações excepcionais, na consecução do objetivo de evitar danos irreparáveis às crianças que tiverem seus direitos violados<sup>169</sup>.

Assim, o Estado onde a criança se encontra tem a responsabilidade de implementar o princípio e deverá utilizar medidas apropriadas para a consideração dos interesses superiores da criança, assecuratórias de uma apropriada participação desta, com o escopo de determinar e avaliar a melhor opção que coaduna ao melhor interesse do infante.

---

<sup>168</sup> Cf Comitê dos Direitos da Criança, Comentário geral n.º 14 (2013), sobre o direito da criança a que o seu interesse superior seja tido primacialmente em consideração. par. 1.19, 29 Maio 2013, CRC/C/GC/14, disponível em: <http://www.refworld.org/docid/51a84b5e4.html> acessado em 30 julho 2018.

<sup>169</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 10ª edição. São Paulo : Saraiva, 2008. p.20

## **Capítulo 3.**

### **3.DIREITO À EDUCAÇÃO**

Sumário: 3. DIREITO À EDUCAÇÃO 3.1 O Princípio da dignidade humana e a relação com o direito à educação. 3. 2 O Direito humano à educação. 3. 3 A educação no âmbito da Convenção Sobre os Direitos da Criança. 3. 4 As relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno para a proteção do direito à educação.

### **3. DIREITO À EDUCAÇÃO**

Inicialmente, necessário se faz tecer algumas considerações acerca do princípio da dignidade humana e a relevância da educação para a consecução dos valores humanos para uma vida digna. A dignidade trata-se de um princípio de cunho multidisciplinar e sua concepção encontra-se consagrada na DUDH, assim como fora reproduzida nos textos dos principais instrumentos internacionais, dentre estes a Carta das Nações Unidas e os pactos PIDESC e PIDCP. Devido a esta multidisciplinaridade, complementaridade e interdependência com demais princípios e valores, Jorge Miranda afirma não tratar-se de um direito específico mas, em essência, constitui-se em um princípio englobante em que se fundamentam todos os direitos fundamentais.<sup>170</sup>

#### **3.1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E A RELAÇÃO COM O DIREITO À EDUCAÇÃO**

Apresenta o princípio uma certa indeterminabilidade em seu conteúdo principiológico, cuja imprecisão em sua mensuração justifica-se por ser a dignidade uma peculiaridade intrínseca da pessoa humana, correspondendo aos atributos distintivos inerentes ao ser humano, considerados individualmente. A dignidade refere-se a um valor supremo e representa a garantia de uma existência digna, em que todas as pessoas são iguais em dignidade e possuidoras das condições

---

<sup>170</sup> MIRANDA, Jorge & MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa anotada . 2ª ed. - Coimbra : Coimbra Editora, 2010. p.86

mínimas de existência, “conforme os ditames da justiça social como fim da ordem econômica”.<sup>171</sup>

Nesse contexto, além do sentido de valor moral que o princípio acarreta, apresenta igualmente uma qualidade de princípio constitucional potencialmente susceptível de produzir efeitos jurídicos concretos, balizador de um dever ser jurídico da atuação dos poderes do Estado vinculador<sup>172</sup> que, por sua vez, deve desenvolver ações preventivas e protetivas assecuratórias para a promoção de uma vida digna.<sup>173</sup> Com efeito, a dignidade apresenta-se como um denominador comum e traduz-se em um “manto que perpassa toda a ordem jurídica e possui suficiente materialidade para atribuir linhas orientadoras ao poder legislativo e jurisdicional”.<sup>174</sup>

Assim, quanto à consagração do princípio da proteção da dignidade humana, o referido conceito passa a possuir o reconhecimento jurídico constitucional no âmbito interno de grande parte dos países. É oportuno ressaltar que este reconhecimento deriva da influência exercida pelos instrumentos internacionais que consagraram a dignificação da pessoa humana como um princípio universal<sup>175</sup>, por meio do qual se delineia toda a ordem jurídica acerca do princípio. É a partir dessa atribuição que a dignidade surge como fundamento em um Estado de Direito e manifesta-se como defesa e reforço das posições jusfundamentais dos cidadãos.<sup>176</sup>

---

<sup>171</sup> SILVA, José Afonso da (1998, p. 93-94): A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 212, p. 93 Abr./Jul. 1998.

<sup>172</sup> Consoante a concepção de Alexy, os princípios são mandamentos de otimização e podem ser considerados como razões para juízos concretos de dever ser. ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p.90

<sup>173</sup> NOVAIS, António Jorge Pina dos Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Lisboa: Coimbra Editora, 2004. p.51

<sup>174</sup> BOTELHO, Catarina Santos. A dignidade da pessoa humana – Direito subjetivo ou princípio axial? Revista Jurídica Portucalense . n.º 21. 2017

<sup>175</sup> Possui, conforme Jorge Miranda, um caráter “contrafactual”, exige respeito pela autonomia mas também preocupação em face da vulnerabilidade MIRANDA, Jorge & MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa anotada . 2ª ed. - Coimbra : Coimbra Editora, 2010. p.84

<sup>176</sup> NOVAIS, Jorge Reis. A dignidade da pessoa humana. Volume 1.Coimbra : Almedina, 2015.p.14

Cria-se assim, uma relação de identificação da dignidade humana com os direitos fundamentais, por meio do qual a violação da dignidade da pessoa humana condiz violar valores absolutos. A dignificação da pessoa humana apresenta-se como vetor axiológico normativo, uma “referência axial de todos os direitos fundamentais”, conferindo assim uma unidade de sentido ao mesmo passo que cria uma relação de reciprocidade com os direitos fundamentais, atuando este como parâmetro concretizador da dignidade e esta, por sua vez, opera como fundamento garantidor para os demais direitos estabelecidos.<sup>177</sup>

Em suma, a constatação de uma ofensa à proteção da dignidade da pessoa humana é caracterizada quando, concomitantemente, há a ofensa a outros princípios estruturantes. Mencionamos como exemplo a hipótese de uma situação na qual verificado o preterimento ao exercício do direito à educação, constatado estará de forma semelhante a violação ao princípio da dignidade.

É dever de todo Estado garantir a igual dignidade, assim como criar premissas para uma efetiva igualdade de oportunidades entre todos os indivíduos. A dignificação da pessoa humana é pressuposto essencial, o “fundamento último” para a consecução de uma condição de bem-estar disponibilizada por um Estado, bem-estar que, por sua vez, compreende-se em uma finalidade norteadora deste mesmo ente<sup>178</sup>.

A dignidade humana deve ser compreendida como valores intrínsecos da pessoa, oportunizador do processo civilizatório deste e revelador “do indivíduo como conformador de si próprio”.<sup>179</sup> O âmbito de proteção da dignidade humana constitui o núcleo essencial dos direitos fundamentais e corresponde a um princípio

---

<sup>177</sup> MIRANDA, Jorge & MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa anotada. 2ª ed. - Coimbra : Coimbra Editora, 2010. p.82

<sup>178</sup> OTERO, Paulo. O poder de substituição em direito administrativo : enquadramento dogmático-constitucional . Lisboa : Lex. p. 590

<sup>179</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição 7ª ed. reimp- Coimbra : Almedina, 2003 . p.225

fundamental e estruturante para assegurar o exercício deste núcleo em sua plenitude<sup>180</sup>.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, ao elencar o direito à educação no mesmo patamar de importância dos outros direitos e por não ter restringido a sua fruição pelo indivíduo através do cumprimento do requisito da nacionalidade, reconhece dessa forma a universalização e assunção do status de direito humano à educação, ao mesmo passo que o posiciona estreitamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana<sup>181</sup>.

O direito de toda a pessoa à educação é o meio indispensável para que o ser humano alcance o pleno desenvolvimento de sua personalidade e o sentido da sua dignidade humana.<sup>182</sup> Com efeito, o processo educacional ultrapassa os aspectos da transmissão de aprendizados e conhecimentos, vem auxiliar o indivíduo a desenvolver de forma plena suas potencialidades, habilidades e capacidades, essenciais para o exercício de sua cidadania e à obtenção em sua plenitude de uma condição de existência digna.

É exatamente nesta associação entre educação e dignidade humana que se localiza o entendimento do conteúdo da educação nos modernos Estados de Direito<sup>183</sup>, tratando-se tanto de um direito em si mesmo como também elemento condicionante para o efetivo exercício e acesso dos demais direitos e de todas as

---

<sup>180</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988 . 9ª ed. revista e atualizada. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2012. p.95

<sup>181</sup> Consoante Artigo 26 da DUDH. Esta relação de conssecrariade dos direitos econômicos, sociais e culturais com a dignidade inerente à pessoa humana é também reconhecida no preâmbulo do PIDESC; no mesmo sentido, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais- Protocolo de San Salvador, em seu artigo 13º , a dignidade surge expressamente consignada como princípio orientador ao direito à educação, para o pleno desenvolvimento da personalidade humana.

<sup>182</sup> Cf Artigo 13.º 1. PIDESC

<sup>183</sup> HOMEM, Pedro Barbas . Temas de direito da educação. Lisboa: Almedina, 2006. p.25



liberdades individuais, operando-se como uma ferramenta estruturadora e multiplicadora destes<sup>184</sup>.

Assim, com a consolidação e a positivação, no âmbito internacional, do valor atribuído a todo ser humano a uma inerente dignidade, o direito a uma educação alcança uma posição de maior relevância no regime do direito internacional dos direitos humanos e passa a ser percebido como um direito de empoderamento da pessoa humana, elemento substancial para a consecução dos demais direitos.<sup>185</sup>

---

<sup>184</sup> TOMASEVSKY, Katarina. Por que a educação não é gratuita? In: HADDAD, Sérgio; GRACIANO, Mariângela (Org.). A educação entre os direitos humanos. São Paulo: Autores Associados, 2006. p. 71

<sup>185</sup> ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. O núcleo mínimo dos direitos à educação e à instrução e o papel das Cortes africana e europeia de Direitos do Homem na sua garantia . Lisboa : [s.n.], 2010. p.214

### 3.2 O DIREITO HUMANO À EDUCAÇÃO

Concernente à promoção da educação como um direito, o regime Internacional protege-o em vários instrumentos tais como a DUDH, Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, o PIDESC e a CDC. Estatuído e reconhecido na Declaração Universal dos Direitos do Homem, onde se afirma que “toda a pessoa tem direito à educação, gratuita pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental”, possui por fundamentos os princípios da universalidade, gratuidade e obrigatoriedade. O direito à educação engloba as normas jurídicas relativas à temática da educação no mais amplo significado pois “começa por ser Direito constitucional onde constam os grandes princípios estruturantes ao mesmo tempo que é Direito internacional da educação, proveniente da progressiva atenção que desde 1945 e 1948 o Direito das Gentes vem prestando à proteção e à promoção da pessoa humana, por meio de numerosas declarações e convenções”<sup>186</sup>.

Ademais, encontra-se o direito à educação positivado na seara de direito internacional em diversos instrumentos jurídicos e trata-se de uma situação jurídica que outorga ao indivíduo uma presunção conducente à satisfação das suas necessidades de aprendizagem, imprescindíveis ao desenvolvimento de todas as vertentes da personalidade humana.<sup>187</sup> O direito fundamental à educação configura-se como um direito de caráter social e, portanto, segundo a classificação doutrinária, elencado como um direito de segunda dimensão no qual repousam os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades.

É oportuno destacar que os direitos fundamentais são classificados em três gerações de acordo com uma perspectiva de evolução histórica, sendo as dimensões não excludentes entre si, mas complementares e inter-relacionadas. Sobre os direitos de primeira geração, estes possuem caráter negativo por exigirem

---

<sup>186</sup> MIRANDA, Jorge. Introdução ao direito da educação : direito português e direito brasileiro. In: e-Pública. - Lisboa, 2014-. - V. 1, nº 2 (Jun. 2014), p. 1-29. Disponível em [http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2183184X2014000200001&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183184X2014000200001&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt)

<sup>187</sup> MONTEIRO, Agostinho dos Reis. O Pão do Direito à Educação. Educação & Sociedade. Campinas, vol. 24, n. 84, setembro 2003 .p. 769. Disponível em <http://www.cedes.unicamp.br>, acesso em 30 de agosto de 2018

uma abstenção de ação do Estado e referem-se a direitos essenciais associados à liberdade individual. Já os direitos de segunda geração, nos quais se situam os direitos sociais, pressupõem prestação positiva do Estado e albergam os direitos associados à justiça social. No que concerne àqueles direitos considerados de terceira geração, possuem estes uma titularidade difusa, ou seja, são concebidos para a proteção da coletividade.<sup>188</sup>.

Os direitos sociais contêm pressupostos de direitos fundamentais e são compreendidos como um agrupamento de elementos condicionadores da existência e da respectiva proteção dessas prerrogativas, configurando dessa forma a especificidade destes direitos sociais enquanto direitos fundamentais<sup>189</sup>. Para que se defina um direito como pertencente à categoria dos direitos sociais, este deve apresentar duas características essenciais: corresponder ao acesso individual a bens indispensáveis a uma vida digna e a possibilidade de fruição pelos indivíduos condicionadas à disponibilidade de recursos financeiros suficientes ou por meio de prestações positivas pelo Estado<sup>190</sup>.

Desta feita, possuem o status de direito público subjetivo<sup>191</sup> e constituem-se no principal fator para efetivação do exercício da cidadania, ao mesmo passo que

---

<sup>188</sup> Bárbara Nazareth aduz que as classificações em dimensões representam um instrumento importante para que se identifique os beneficiários, as fontes assim como algumas questões específicas acerca da sua implementação e força jurídica. OLIVEIRA, Bárbara Nazareth, e outras. Os direitos fundamentais em Timor-Leste : teoria e prática. Ius Gentium Conimbrigae. Coimbra: 2015. P.34. Para um estudo mais aprofundado sobre as gerações de direitos fundamentais, Cf. ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008 ; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1998 ; MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra, 1998 ; NOVAIS, António Jorge Pina dos Reis. Direitos sociais : teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais Coimbra : Coimbra Editora, 2010; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2001.

<sup>189</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Coimbra : Almedina, 2003 . p.473

<sup>190</sup> NOVAIS, António Jorge Pina dos Reis. Direitos sociais : teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais . Coimbra : Coimbra Editora, 2010. p 41

<sup>191</sup> Para Canotilho, os Direitos Sociais são compreendidos como autênticos direitos subjetivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independente da sua justiciabilidade e exequibilidade imediatas e possui a mesma dignidade subjetiva dos direitos , liberdades e garantias. CANOTILHO, J. J. Gomes, Direito constitucional e teoria da constituição 2ª ed.. - Coimbra : Almedina, 1998 p. 434

requer uma atuação positiva do Estado<sup>192</sup>, consistindo esta exigência em um “*dare* ou de um *facere*” estatal, não podendo desprender-se da consciência jurídica dos homens e dos povos.<sup>193</sup> A tradição liberal de uma compartimentação entre as esferas política e econômica sofreu, com a inserção dos direitos sociais através de mecanismos de intervenção política, um cisma em seu viés socioeconômico como consequência da conversão qualitativa do Estado Liberal para o Estado Social.<sup>194</sup>

É oportuno destacar que a DUDH foi o primeiro instrumento internacional que elevou o direito à educação a um patamar de direito humano e, a partir desta adoção, fora reforçado em vários outros instrumentos internacionais adotados pelas Nações Unidas. Ressalte-se que o primeiro instrumento internacional a consignar expressamente sobre o direito à educação de qualidade e a evidenciar a primazia de seu fomento a todos indistintamente, fora a Convenção promovida pela UNESCO relativa à Luta contra a Discriminação no campo do Ensino<sup>195</sup>, cujo escopo é promover a educação enquanto direito fundamental e em igualdade de oportunidades, assim como “ tornar os direitos humanos, a luta contra a discriminação e a intolerância componentes essenciais de pesquisa e de elaboração de políticas adotadas” .<sup>196</sup>

A exemplo do estabelecido anteriormente pelo artigo 26º da DUDH, esta Convenção em seu artigo 4º ressaltou a obrigatoriedade do ensino primário gratuito

---

<sup>192</sup> BONAVIDES, Paulo . Curso de Direito Constitucional . São Paulo : Malheiros , 1996. p. 560

<sup>193</sup> MIRANDA, Jorge, A constituição de 1976 : formação, estrutura, princípios fundamentais . Lisboa Livraria Petrony, 1978. p. 334

<sup>194</sup> BOTELHO, Catarina Santos. Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da proibição do retrocesso social? In: Revista da Ordem dos Advogados. - Lisboa, 1941-. - A. 75, nº 1 (Jan.-Jun. 2015), p. 264.

<sup>195</sup> Convenção relativa à Luta contra a Discriminação no campo do Ensino . Adotada a 14 de dezembro de 1960, pela Conferência Geral da UNESCO. Disponível em : <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132598por.pdf> acesso em 13 de setembro de 2018

<sup>196</sup> Adotada a 14 de dezembro de 1960, pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO. A Convenção considerou ,dentre outras hipóteses, que a privação de qualquer pessoa ou grupo de pessoas do acesso aos diversos tipos ou graus de ensino por qualquer distinção, exclusão, limitação ou preferência por motivo de raça, língua, origem nacional ou social, condição econômica ou nascimento , consistia em discriminação.

e de um ensino secundário e superior acessíveis.<sup>197</sup> Assim, a Convenção da UNESCO teve a importância de abordar a prevenção e a eliminação de toda e qualquer forma de discriminação, especialmente na admissão de alunos nos estabelecimentos escolares, bem como ressaltar a promoção da igualdade de oportunidades e tratamento em matéria de ensino. A Convenção, ao estabelecer a universalidade deste direito a todos, incluindo os refugiados, reafirma a importância da não discriminação para que se alcance a plena realização do direito à educação das crianças em situação de refúgio.

Posteriormente, como fruto do desenvolvimento de uma teoria jurídico contratual internacional de justiça<sup>198</sup>, cujo escopo trata-se de conferir maior força jurídica para se alcançar a observância internacional dos direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, são elaborados em 1966 dois pactos no âmbito das Nações Unidas: o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), ambos responsáveis por dissertar, de uma maneira mais detalhada e precisa, os direitos constantes da Declaração Universal sob a forma de preceitos juridicamente obrigatórios e vinculantes<sup>199</sup>.

Caracteriza-se o PIDESC como principal instrumento universal compilador dos direitos e das obrigações alusivos à educação e demais direitos sociais, econômicos e culturais, teve o condão de reafirmar o direito à educação disciplinado na DUDH bem como estabelecer a forma progressiva para realização destes direitos, condicionados à atuação do Estado e tendo em consideração as restrições ocasionadas devido a limitação de recursos dos países. O pacto impõe a obrigação

---

<sup>197</sup> Posteriormente seguido por instrumentos universais e regionais que repetiram a gratuidade e compulsoriedade na educação elementar. Neste sentido, Cf PIDESC, art.º 13º, n.º 2; Protocolo de San Salvador, artigo 13 e Convenção sobre os Direitos da Criança em seu artigo 28º; No mesmo sentido, Tomasevski aduz que nos tratados de direitos humanos, a realização progressiva foi o tema central e por conseguinte os Estados estavam obrigados a assegurar a gratuidade e a obrigatoriedade do ensino, de forma imediata ou elaborar um planejamento e solicitar assistência e cooperação internacionais para a consecução desta obrigação de forma mais célere possível. TOMASEVSKI, Katarina: *Education Denied: Costs and Remedies*. London: Zed Books, 2003, p.53.

<sup>198</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, op cit. p.521

<sup>199</sup> PIOVESAN, Flávia. Op.cit., p 73.

da adoção de medidas apropriadas e de que, em um razoável período de tempo, esforços persistentes sejam envidados para uma melhor apreciação dos direitos<sup>200</sup>.

Para que se alcance uma compreensão e implementação dos direitos sociais, requer dos Estados a efetivação de quatro princípios:<sup>201</sup> da observância do conteúdo mínimo ou *minimum core obligation*<sup>202</sup>; da aplicação progressiva quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais; o princípio da inversão do ônus da prova; e, por último, o que diz respeito aos deveres dos Estados. Concernente a estes princípios, importa referir que o direito à educação encontra-se inserido no núcleo mínimo dos direitos sociais, cujo conteúdo essencial desses direitos incorpora o valor intrínseco de cada direito humano<sup>203</sup>. Na busca de requisitos delimitadores acerca do que consiste o mínimo exigido, as remissões convergem ao princípio da dignidade humana, “a partir do critério da satisfação das necessidades e interesses básicos das exigências axiológicas mínimas”<sup>204</sup>.

Ainda no que respeita à obrigação do conteúdo mínimo, importa referir que os direitos sociais presentes nesta categoria compõem o núcleo duro dos direitos fundamentais e apresentam de igual modo uma possibilidade jurídica de sua exigibilidade perante o Estado, assecuratória da efetividade de um conteúdo minimamente essencial deste direito, exercidas através de prestações do rol mínimo e inderrogável destas normas<sup>205</sup>. Para que se alcance a determinação adequada do

---

<sup>200</sup> Cf. Protocolo Facultativo ao Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: [http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/p\\_rotocolo\\_facultativo\\_ao\\_pacto\\_internacional\\_sobre\\_os\\_direitos\\_economicos.pdf](http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/p_rotocolo_facultativo_ao_pacto_internacional_sobre_os_direitos_economicos.pdf)

<sup>201</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos Sociais: proteção nos sistemas internacional e regional interamericano. Revista Internacional Direito e Cidadania. nº 5. p.76, outubro de 2009.

<sup>202</sup> Designação utilizada mais comumente perante os ordenamentos internacionais. Entre nós a tradução correspondente comumente utilizada é núcleo mínimo essencial. O Comité evidencia em seu Comentário Geral nº 3 que um núcleo mínimo de obrigações refere-se à garantia da satisfação dos níveis mínimos essenciais de cada um dos direitos a que incumbe a cada Estado-Parte. Cfr. PIDESC, Comentário Geral nº 3. A natureza das obrigações dos Estados-Partes. art. 2, parag. 10.

<sup>203</sup> Canotilho aduz que a garantia do mínimo social resulta do dever indeclinável do poder público de garantir a dignidade da pessoa humana. CANOTILHO, J. J. Gomes, Direito constitucional e teoria da constituição 2ª ed.. - Coimbra : Almedina, 1998 p. 439

<sup>204</sup> NOVAIS, António Jorge Pina dos Reis. Direitos sociais : teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra : Coimbra Editora, 2010. p 203 e ss.

<sup>205</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A Proteção Internacional dos Direitos Fundamentais, Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Editora Saraiva, 1991, p.42

que se compreende como mínimo social exigíveis aos Estados, deve-se utilizar os juízos de ponderação e razoabilidade como estratégia de fixação dos efeitos jurídicos.<sup>206</sup> Neste diapasão, ao impor o *minimum core* do direito à educação aplicado às pessoas em situação de refúgio, os Estados de acolhimento devem conceder aos refugiados o acesso aos estabelecimentos de ensino ao mesmo passo que devem assegurar que a qualidade deste esteja em estrita observância aos objetivos estabelecidos nos instrumentos internacionais concernentes à matéria.

Acerca da implementação progressiva dos direitos económicos, sociais e culturais, importante referir não possuir a auto aplicabilidade presente nos direitos civis e políticos e realizam-se de maneira progressiva, tendo o PIDESC disciplinado que os Estados-Signatários “devem adotar medidas, seja isoladamente ou seja através da assistência e cooperação internacionais, especialmente económicas e técnicas, até ao máximo dos recursos de que disponha, por todos os meios adequados, inclusive de maneira particular a adoção de medidas legislativas, para atingir progressivamente a plena efetividade dos direitos reconhecidos no presente Pacto”<sup>207</sup>.

Concernente à efetivação destas obrigações, apesar da progressividade na realização de tais direitos, os Estados devem adotar medidas cercadas da maior eficácia e celeridade possível, por meio de ações concretas, deliberadas e direcionadas.<sup>208</sup> A criação de instituições de ensino capazes de absorver a demanda crescente de novos alunos provenientes de zonas de refúgio, compõe a função de prestação social impostas aos Estados, executadas através de políticas públicas socialmente ativas, conducentes à implementação das medidas necessárias à satisfação desta demanda.<sup>209</sup>

---

<sup>206</sup> NOVAIS, António Jorge Pina dos Reis. Direitos sociais : teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais . Coimbra : Coimbra Editora, 2010. p. 209

<sup>207</sup> PIDESC, artigo 2.º 1.

<sup>208</sup> Cfr., PIDESC, Comentário Geral nº 3. A natureza das obrigações dos Estados-Partes. Art. 2, para. 1. 14 Dezembro 1990, E/1991/23, disponível em : <http://www.refworld.org/docid/4538838e10.html> acessado em 19 Setembro de 2018.

<sup>209</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, Direito constitucional e teoria da constituição 2ª ed.. - Coimbra : Almedina, 1998 p. 408

Da implementação progressiva dos DESC decorre a realização do princípio da proibição de retrocesso social pelos Estados e que consiste em evitar a adoção de medidas ensejadoras de eventual reversibilidade do núcleo essencial já implementada dos direitos econômicos, sociais e culturais. A proibição contra retrocessos absolutos constituem uma garantia institucional e um direito subjetivo que desempenham a função de limite negativo à liberdade de atuação do legislador<sup>210</sup>. Ao alcançar um determinado nível de efetivação destes direitos fundamentais, seu conteúdo essencial fica assegurado de eventual reversibilidade<sup>211</sup>.

Dessa forma, garante-se a proibição contra retrocessos absolutos de potencial lesionador do núcleo mínimo essencial dos direitos sociais ou da proteção da igualdade e da dignidade da pessoa humana<sup>212</sup>. Assim, a afetação da dignidade constitui critério material aferidor bem como atua na condição de elemento limitador e protetivo dos direitos de cariz prestacional, frente a medidas de efeito retrocessivo.

213

No que concerne à inversão do ônus da prova, esta refere-se à competência atribuída ao Estado para a comprovação da realização de todas as medidas necessárias à plena consecução do direito social em questão, no âmbito da utilização do máximo dos recursos disponíveis. Eventuais medidas regressivas necessitam ser amplamente justificadas, não cabendo a mera alegação de inexistência de dotações orçamentárias.<sup>214</sup> No apuramento de uma eventual violação

<sup>210</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, op cit. p.340

<sup>211</sup> A implementação progressiva assecutória do direito à educação de crianças foi argumentada em julgamento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, aplicada no caso das Crianças Yean y Bosico versus Republica Dominicana, onde a Corte aduziu que “ o Estado deve fornecer educação primária e gratuita a todas as crianças, independentemente de sua ascendência ou origem, em um ambiente e condições propícias para o seu pleno desenvolvimento intelectual” . Cf. Caso das Crianças Yean y Bosico versus Republica Dominicana, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 8 Setembro de 2005, disponível em : <http://www.refworld.org/cases,IACRTHR,44e497d94.html>

<sup>212</sup> NOVAIS, António Jorge Pina dos Reis. op cit. p. 245

<sup>213</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988 . 9ª ed. revista e atualizada. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2012. p.146

<sup>214</sup> Cfr., PIDESC, Comentário Geral nº 3. A natureza das obrigações dos Estados-Partes. Art. 2, para. 1. 14 Dezembro1990, E/1991/23, disponível em : <http://www.refworld.org/docid/4538838e10.html> acessado em 19 Setembro de 2018.



do direito à educação em um caso concreto, em que o Estado invoca um impedimento financeiro ou outra dificuldade na prestação, o ônus de demonstrar cabe ao ente público.

No tocante a implementação dos DESC, o dever estatal é tripartido nas dimensões de respeitar, proteger e implementar.<sup>215</sup> No que permeia ao direito à educação, a obrigação de respeitar exige que os Estados evitem a adoção de medidas restritivas que impeçam ou dificultem o seu gozo pela população. Contudo o cumprimento deste dever não se realiza somente com a abstenção do poder público, ele harmoniza-se com prestações positivas, tais como o aniquilamento de qualquer fato impeditivo ao acesso das crianças refugiadas às escolas.

O dever de proteger realiza-se, maioritariamente, através de atuações positivas e tem o Estado o poder legítimo do uso da força coerciva, na adoção de medidas impeditivas frente a terceiros que possam interferir na fruição deste direito, assim como através do estabelecimento de preceitos normativos garantidores da proteção e da execução das prestações fáticas, em favor desta categoria de pessoas deslocadas forçosamente.

Já a obrigação de implementar abrange o dever de fornecer, facilitar e exigir que os Estados tomem medidas positivas com o escopo de capacitar e auxiliar indivíduos a gozar do direito à educação, por meio da promoção ao acesso em condições igualitárias e efetivas.<sup>216</sup> Quando há a impossibilidade da realização destes direitos pelos Estados, aplica-se a manifestação da inversão probatória .<sup>217</sup>

---

<sup>215</sup> As Diretrizes de Maastricht referente às violações dos direitos Econômicos, Sociais e Culturais também referem-se às obrigações de respeitar, proteger e implementar a serem cumpridas pelos Estados , sob pena de violação quanto ao seu descumprimento, ao mesmo passo que afirma ser o núcleo mínimo de obrigações aplicável independentemente da disponibilidade dos recursos do Estado em questão ou de qualquer outro fator ou dificuldade ao mesmo passo afirma no que condiz acerca das . Cf. Maastricht Guidelines International Commission of Jurists (ICJ), Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, 26 January 1997, Disponível em: <http://www.refworld.org/docid/48abd5730.html>

<sup>216</sup> NOVAIS, António Jorge Pina dos Reis. Direitos Sociais : teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais . Coimbra : Coimbra Editora, 2010. p.259 e ss.

<sup>217</sup> Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC, Comentário Geral No. 13: Direito à Educação. E/C.12/1999/10, disponível em : <http://www.refworld.org/docid/4538838c22.html> acessado 30 Agosto de 2018.

No âmbito dessas obrigações e, dentre estas o direito à educação, podem caracterizar-se como obrigação de meio ou obrigações de resultado. A primeira caracteriza-se pela adoção diligente de medidas necessárias para se alcançar o resultado esperado de determinada prestação, assecuratórias à prossecução das atribuições e competências assumidas. Dessa forma, quando se requer ações racionalmente projetadas a fim de que se alcance o gozo de um direito em particular, deve-se proceder a adequação, diligentemente e com prudência, dos meios necessários para a plena satisfação do direito, notadamente através da implementação de políticas públicas e execução de ações de planeamento.

Assim, quando há afirmação dos Estados-Signatários, concernente ao comprometimento de garantir imediatamente o exercício dos direitos que nele se enunciam, sem “qualquer discriminação, por motivos de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra índole, origem nacional ou social, posição económica, nascimento ou qualquer outra condição social, manifesta-se desta forma as obrigações com natureza de conduta ”. <sup>218</sup>

Já no que diz respeito às obrigações de resultado, o ente deve adotar comportamentos conducentes à realização de um resultado específico e, a fim de que os Estados alcancem objetivos específicos para a satisfação de determinados padrões essenciais, o cumprimento do dever é atestado somente com o exercício de forma efetiva do direito garantido. <sup>219</sup> Neste diapasão, verificam-se obrigações dessa natureza quando, diante as afirmações de que será alcançada a plena efetividade dos direitos previstos no Pacto através da realização progressiva das medidas, e que se deve utilizar do máximo dos recursos disponíveis, assim como o compromisso de não adotar medidas de características regressivas do núcleo essencial implementado.

---

<sup>218</sup> CESCR General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant).

<sup>219</sup> LANCEIRO, Rui Tavares . O princípio da cooperação leal, a autonomia organizativa e o bom governo administrativo *in* A prevenção da corrupção e outros desafios à boa governação da administração pública.. coord. Carla Amado Lisboa : Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da FDUL, 2018. p.171 . Acesso on-line: [http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/e\\_book\\_corrupcao\\_icjp\\_3\\_2008.pdf](http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/e_book_corrupcao_icjp_3_2008.pdf)

No mesmo sentido, o direito à educação demanda tanto obrigações de aplicação imediata quanto sujeitas à realização progressiva. Embora certas medidas sejam passíveis de progressividade em sua implementação, devem ser definidas, concretas e direcionadas, com a devida clareza, para que se alcance progressivamente a plena efetividade deste direito e para o cumprimento das obrigações reconhecidas no Pacto<sup>220</sup>. No contexto da educação, por enquadrar-se no rol das demandas de aplicabilidade imediata e por pertencer ao núcleo mínimo essencial dessa implementação, encontra-se a obrigação de proibir a discriminação e a de garantir um ensino primário gratuito e obrigatório para todas as crianças imediatamente, executadas independentemente dos recursos disponíveis. Quando verificada a impossibilidade de cumprimento imediato, ao Estado cabe elaborar um plano e buscar assistência da Comunidade Internacional para cumprir com essa obrigação o mais rápido possível <sup>221</sup>.

Cumprir destacar que o PIDESC, no seguimento do direito à educação estabelecido através do artigo 26º da DUDH, ao endossar o princípio da dignidade humana como fundamento dos direitos humanos e estabelecer a consecução do pleno desenvolvimento da personalidade humana e o respeito às liberdades fundamentais a que a educação deve-se propor, consolida dessa maneira o direito à educação como direito humano fundamental<sup>222</sup>. No delineamento desta afirmação, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais explicitou os parâmetros necessários à realização plena do direito à educação pelos Estados, estruturados por meio dos critérios da disponibilidade, adaptabilidade, aceitabilidade e acessibilidade <sup>223</sup>.

---

<sup>220</sup> PIDESC, Comentário Geral nº 3. A natureza das obrigações dos Estados-Partes. Art. 2, para. 1.

<sup>221</sup> TOMASEVSKI, Katarina. *Education Denied: Costs and Remedies*. New York: Zed Books, 2003. p.53

<sup>222</sup> PIOVESAN, Flávia & FACHIN, Melina Girardi. Educação em Direitos Humanos no Brasil: desafios e perspectivas. *Revista Jurídica da Presidência*. volume 19, n. 117 (2017), Brasília. p. 26

<sup>223</sup> Denominados na língua inglesa como os “4 A’s scheme” devido as iniciais das quatro palavras iniciarem com a letra A : available; accessible; acceptable; adaptable. As dimensões dos 4 A’s foram propostas pela então Relatora Especial da ONU para o Direito à Educação, Katarina Tomaševski, e recomendadas pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em seu Comentário Geral nº 13 sobre o direito à educação, onde distinguiu as quatro características inter-relacionadas como essenciais à efetividade do

Com efeito, o critério da disponibilidade cumpre-se por intermédio de programas de educação e infraestrutura disponíveis de forma a albergar a todos e constitui um pré-requisito essencial na concretização do direito à educação. No que concerne ao parâmetro da aceitabilidade, este é executado por meio de programas educacionais culturalmente pertinentes e, no que diz respeito ao critério da adaptabilidade, este exerce-se por intermédio de uma educação adaptável perante as necessidades e as transformações sociais, condizentes com as necessidades de diversidade cultural e social, tendo em consideração o princípio do superior interesse da criança.

Por sua vez, a categoria da acessibilidade assevera sobre os programas e instituições educacionais serem acessíveis a todos, subdivide-se em três dimensões: a dimensão da não-discriminação a qual se refere a uma educação acessível a todos, especialmente aos grupos mais vulneráveis e sem discriminação; o critério da acessibilidade física que aduz sobre a educação situar-se dentro do alcance físico seguro, em localização geográfica razoavelmente conveniente, mesmo tratando-se de campos de refugiados. A terceira subcategoria refere-se à acessibilidade económica e condiz acerca da gratuidade do ensino primário e ser economicamente acessível nos demais níveis <sup>224</sup>.

É oportuno ressaltar que somente em dezembro de 2008, com a adoção pela Assembleia Geral das Nações Unidas do Protocolo Facultativo do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>225</sup>, os direitos previstos no PIDESC adquirem a possibilidade de uma maior executividade, através dos procedimentos de comunicações individuais e interestatais bem como por meio de investigações referentes às violações graves ou sistemáticas do direito à educação e demais DESC.

O Protocolo Facultativo estabelece procedimentos internacionais de proteção ao instituir um mecanismo individual de reclamação acerca dos direitos violados

---

direito à educação. Neste sentido, Cf. TOMASEVSKI, Katarina. Human rights obligations in education: the 4-A scheme. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. 2006

<sup>224</sup> Cf. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas - CESCR, Observação Geral nº. 13, sobre o direito à educação, 1999.

<sup>225</sup> Doravante Protocolo Facultativo ou PF-PIDESC.

pelos Estados-Parte, apresentável perante o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Como órgão de vigilância do PIDESC, o CDESC publica observações gerais para guiar a interpretação e aplicação dos artigos do Pacto assim como monitora os direitos ali consagrados por meio do exame dos relatórios apresentados periodicamente pelos Estados signatários, referente às medidas adotadas por estes<sup>226</sup>.

É imperioso assinalar que, ao ratificar este instrumento adicional ao PIDESC, os Estados reconhecem a competência do Comitê DESC em supervisionar a aplicação dos direitos elencados no pacto assim como na apreciação de casos concretos, no tocante à observância do cumprimento efetivo ou de possíveis violações, por um Estado-Parte, dos direitos estabelecidos no PIDESC. Na hipótese de uma violação, as vítimas ou representantes destas podem apresentar comunicações individuais, desde que se tenham esgotados todos os recursos internos para a resolução do caso, no prazo de caducidade de um ano<sup>227</sup>, e que também não haja um procedimento similar internacional, devendo a comunicação não ser anônima, abusiva, manifestamente infundada bem como deve haver a demonstração de uma clara situação de desvantagem para a vítima<sup>228</sup>,

Consoante avaliação de Piovesan, hodiernamente reconhece-se o avanço no processo de democratização dos instrumentos internacionais após a implementação da sistemática do direito de petição individual, contudo destaca a dificuldade na efetivação dos direitos sociais devido à resistência de muitos Estados em admiti-los

---

<sup>226</sup> A UNESCO também conta com um procedimento de denúncia quando o direito à educação encontra-se violado pelos Estados-Membros. Cf. UNESCO, Individual Complaint Procedure, 104 EX/ Decision 3.3, 12 de Julho de 1978; [http://portal.unesco.org/en/ev.phpURL\\_ID=15249&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.phpURL_ID=15249&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)

<sup>227</sup> Para Trindade, a consagração do requisito do prévio esgotamento dos recursos de direito interno, evidencia o caráter subsidiário dos procedimentos internacionais e reforça a responsabilidade primária dos órgãos internos. Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Direito Internacional e Direito Interno: sua interação na proteção dos direitos humanos [online]. [acesso em 14/06/2018] Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22361-22363-1-PB.pdf>

<sup>228</sup> VILAGRA, SOLEDAD. Protocolo Facultativo del PIDESC: Una herramienta para exigir los DESC. INESC. Asunción, 2008. pp.13-16

e em assentir que se trata de uma obrigação jurídica acionável, inserida no rol de direitos legais, de cariz científico e não de uma concepção meramente ideológica.<sup>229</sup>

Registra-se que o auxílio às interpretações e esclarecimentos sobre os dispositivos elencados no pacto, no tocante ao enquadramento legal das denúncias, exercido pelos Comentários Gerais e os Princípios de Limburgo sobre a Implementação do PIDESC. Assim, por meio destes instrumentos, o Comitê reforça a obrigação dos Estados Partes em respeitar, proteger e implementar cada um dos aspectos essenciais do direito à educação<sup>230</sup>. Neste sentido, os Princípios de Limburgo vieram reforçar a tese das obrigações mínimas dos Estados no tocante ao Direito à educação e demais DESC.

Atuam também como uma ferramenta de apoio hermenêutico e implementação destes direitos. Como exemplo, no que concerne a realização progressiva dos direitos elencados, afirmam que esta obrigação requer que os Estados Parte devem iniciar imediatamente e atuem o mais rápido possível para eficácia dos direitos e que, sob nenhuma circunstância, isso será interpretado de maneira a implicar o direito de adiar indefinidamente os esforços dos Estados na implementação. Prestam igualmente contribuição para a proteção dos refugiados ao aduzir que o pacto aplica-se da mesma maneira aos nacionais e não nacionais do Estado signatário<sup>231</sup>.

Assim, a proteção e a premissa da justiciabilidade ofertada aos Direitos civis e políticos foi alargada aos direitos sociais, econômicos e sociais. A superação da forte

---

<sup>229</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 26, 2004. No mesmo sentido, DONNELLY refere-se à existência de um paradigma do Estado-centrismo onde o Estado é o único juiz competente na conformação de seus esforços sobre a implementação destes direitos. DONNELLY, JACK and HOWARD, Rhoda E. Assessing National Human Rights Performance: A Theoretical Framework. Human Rights Quarterly. Vol. 10, No. 2, p. 217.

<sup>230</sup> Cf. PIDESC, Comentário Geral No. 13: Direito à Educação. E/C.12/1999/10, Tomasevski aduz que é possível desenvolver indicadores para que os signatários cumpram a obrigação de oferecer uma educação disponível, acessível, aceitável e adaptável. TOMASEVSKI, K. Human rights obligations: making education available, accessible, acceptable and adaptable. In: Right to Education Primers n. 3. Novum Grafiska AB, Gothenburg: 2001.

<sup>231</sup> Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 9 Human Rights Quarterly, 1987, pp. 122-135.

resistência da Comunidade Internacional em ver os direitos elencados no PIDESC no mesmo patamar de importância e exigibilidade dos direitos consagrados no PIDCP se deu, em grande parte, a partir da consagração da concepção da indivisibilidade e inter-relação dos direitos humanos. Esta visão integrada<sup>232</sup>, corrobora para maior eficácia na implementação do direito à educação e demais DESC<sup>233</sup>.

Cumpra ressaltar que, no escopo de se alcançar uma maior justificabilidade e juridicidade ao direito à educação, corroboram os seguintes aspectos: a adoção do sistema de petições e comunicações individuais advindas com o Protocolo facultativo ao PIDESC, o maior entendimento dos Estados perante o cumprimento das obrigações mínimas (reforçadas com a promulgação dos Princípios de Limburgo) e reconhecimento da indivisibilidade dos direitos humanos e da existência de um núcleo essencial dos direitos dos Estados. Diante de todos estes atributos, trata-se de um direito fundamental exigível, acionável e justiciável e requer instrumentos efetivos para que se coadune sua observância.<sup>234</sup>

Desta feita, para que se verifique a eficácia da aplicação do direito à educação, é necessária a observância dos princípios da não discriminação, da dignidade da pessoa humana e do superior interesse da criança assim como uma análise nos elementos justiciáveis que o circundam, não podendo ser realizada de forma isolada<sup>235</sup>. A aplicabilidade deste direito dá-se tanto no âmbito internacional

---

<sup>232</sup> O CESC, em seu Comentário Geral No. 11, aduz que o direito à educação simboliza a indivisibilidade e interdependência de todos os direitos humanos, sendo classificado como direito econômico, social, cultural, político e civil devido a sua função essencial para a realização plena e efetiva desses direitos. CESC, General Comment No. 11: Plans of Action for Primary Education (Art. 14 of the Covenant), 10 May 1999, E/1992/23, Disponível em : <http://www.refworld.org/docid/4538838c0.html> acessado em 31 Agosto de 2018.

<sup>233</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Plano Internacional. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. v.59. Rio de Janeiro, 1996.p.201

<sup>234</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos Sociais: proteção nos sistemas internacional e regional interamericano. Revista internacional direito e cidadania. nº 5. p 80, outubro de 2009.

<sup>235</sup> Trindade aponta para a importância de identificar os componentes justiciáveis juntamente com a obrigação dos Estados em proteger, respeitar e cumpri-los. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais no plano internacional in Ensayos en Honor a Fernando Volio Jiménez, 1997, Brasília. p.215

como no plano jurídico doméstico dos Estados por meio de mecanismos judiciais e quase-judiciais.<sup>236</sup>

### 3.3 A EDUCAÇÃO NO ÂMBITO DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA

A Convenção dos Refugiados disciplinou sobre educação das pessoas em busca de refúgio ao estabelecer igualdade de tratamento, no que concerne ao fornecimento de ensino das pessoas em situação de refúgio, nos mesmos moldes ofertados aos nacionais do país de acolhimento. O acesso ao ensino desta categoria de deslocados não está condicionada à determinação do reconhecimento formal do status de refugiado.<sup>237</sup> Embora o PIDESC tenha estabelecido disposições semelhantes às elencadas na DUDH, ressalta-se a importância da CDC sobre a matéria da educação por esta apresentar um foco específico nas crianças, tendo o direito à educação alcançado com a Convenção a plenitude jurídica da sua individualização<sup>238</sup>.

Assim, a CDC em seu artigo 28º, disciplina acerca das questões de acesso ao ensino ao afirmar que a educação deve ser assegurada progressivamente "com base na igualdade de oportunidades" e de que os Estados Partes tornarão o ensino primário obrigatório e gratuito para todos.<sup>239</sup> O dispositivo em comento exerce a função de complementar o estabelecido no artigo 22º da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados e fornece importantes providências legais de forma a garantir o acesso à educação das crianças refugiadas ou solicitantes de refúgio. Nos termos do artigo, o exercício deste direito não está condicionado ao status da criança no país de acolhimento, constituindo assim em uma obrigação do Estado em fornecer ensino primário obrigatório e gratuito extensivo também às crianças em situação de refúgio.

---

<sup>236</sup> Progress report of the Special Rapporteur on the right to education, Katarina Tomasevski

<sup>237</sup> Cf. artigo 22 da Convenção de 1951. Hathaway aduz que , ao comprometer os Estados especificamente no que diz respeito ao fornecimento da educação primária às pessoas em refúgio, nos mesmos termos equitativos aos seus nacionais, a Convenção quebrou um precedente . HATHAWAY, James C. The Rights of Refugee under International Law. p.594

<sup>238</sup> SUPIOT, 1990 apud MONTEIRO, Antônio Reis [et al.]. Coimbra : Faculdade de Direito, 2004. p769.

<sup>239</sup> Redação *ipsis litteris* do artigo 28º da Convenção sobre os Direitos da Criança.



Ao deliberar desta forma igualitária perante as crianças nacionais e não nacionais, a Convenção reforça a importância da aplicação do Princípio da não discriminação para que se assegure o acesso à educação sem medidas discriminatórias, tratando-se de uma obrigação imediata dos Estados <sup>240</sup>. O artigo em comento, embora tenha realizado a função de ampliar o conteúdo e requisitos do direito à educação, não explicitou como os Estados devam proceder para a implementação deste direito, oportunizando aos mesmos a discricionariedade em como implementá-lo em seus respectivos territórios.

Por sua vez, o artigo 29º oferece as diretrizes concernentes aos objetivos educacionais e inclui ferramentas de fundamental importância para inclusão das crianças, em especial de minorias como as em situação de refúgio, no contexto educacional e da sociedade, tais como tolerância pela diversidade, igualdade e respeito pelos direitos humanos e pelas diferentes culturas. Este artigo tem como características a ampliação dos objetivos elencados previamente pelo PIDESC e vem demonstrar que a importância do acesso a uma educação de qualidade vai além de conteúdos ministrados das disciplinas e inclui uma dimensão qualitativa. Esta denota-se quando a CDC estabelece valores base essenciais para as necessidades especiais de desenvolvimento da criança bem como para uma melhor inclusão e integração social, propugnando uma maior proteção da dignidade e direitos humanos das crianças. Para a promoção e monitoramento dos objetivos elencados no artigo 29º, o Comitê sugere aos Estados Parte o desenvolvimento de um plano de ação nacional abrangente para promovê-los e monitorá-los <sup>241</sup>.

Desta maneira, os artigos 28º e 29º da CDC vieram corroborar para o fortalecimento da função relevante da educação e, diante da complementaridade

---

<sup>240</sup> PIDESC, Comentário Geral No. 13: Direito à Educação. E/C.12/1999/10, disponível em : <http://www.refworld.org/docid/4538838c22.html> acessado 30 Agosto de 2018. CG 13. Neste sentido, a EU Reception Directive art 10,2 referiu que na as crianças refugiadas receberão educação em condições similares aos nacionais. Conselho Europeu para os Refugiados e Exilados – ECRE, Diretiva Europeia Recepção de Requerentes de Asilo. November 2005, AD3/11/2005/EXT/SH, Disponível:<http://www.refworld.org/docid/43f46eba4.html> acessado em 31 Agosto de 2018.

<sup>241</sup> Comitê Sobre os Direitos da Criança, CDC, Comentário geral no. 1 (2001), Artigo 29 (1), The aims of education, 17 April 2001, CRC/GC/2001/1, Disponível em: <http://www.refworld.org/docid/4538834d2.html> , acessado em 27 de Setembro de 2018

entre o Estatuto dos Refugiados e os direitos humanos contidos na CDC, o critério de perseguição necessário para ser enquadrado na definição de refugiado da Convenção de 1951 pode ser preenchido com a negação do acesso à educação por medidas e políticas discriminatórias, pois está a se negar também todos os valores elencados no artigo 29º da CDC<sup>242</sup>.

### **3.4 AS RELAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO INTERNO PARA A PROTEÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO**

Para a realização das obrigações internacionais de proteção da pessoa humana e, a fim de que se oportunize uma fruição ampliada do direito à educação e dos demais direitos humanos no âmbito interno dos Estados, é de grande relevância o concurso dos órgãos internos do Estado assim como que haja invocação destes direitos nos planos dos ordenamentos jurídicos domésticos, através da sua configuração e positivação nas Constituições estaduais, onde assumem o status de direitos fundamentais.

A relevância dessa consagração constitucional se dá à medida em que surge uma imposição aos Estados de deveres de subordinação e vinculatividade jurídica<sup>243</sup>. Dessa maneira, diante de uma garantia jurídica e de um reforço na proteção dos direitos humanos, as esferas judiciais internas podem ser provocadas a atuarem diante da negação de direitos fundamentais, como por exemplo quanto ao direito ao ensino, de uma determinada pessoa.

Apesar de apresentarem similaridades, concernente a ambos estarem referidos a valores superiores, à fundamentalidade e à finalidade apresentadas <sup>244</sup>, é imperioso traçar as distinções entre as situações jurídicas dos direitos humanos e dos direitos fundamentais<sup>245</sup>. Os direitos humanos, em regra, tratam-se de valores

---

<sup>242</sup> PIDESC, Comentário Geral No. 13: Direito à Educação. op.cit...

<sup>243</sup> NOVAIS, António Jorge Pina dos Reis. Direitos sociais : teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra : Coimbra Editora, 2010, p. 257

<sup>244</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. Direitos fundamentais : introdução geral . Estoril : Principia, 2011, p.36

<sup>245</sup> Canotilho destaca a diferença entre as duas realidades ao afirmar que os direitos humanos possuem validade para todos os povos e tempos ao passo que os direitos fundamentais são direitos dos homens e possuem uma limitação espacial e temporal. Cf.

morais e abstratos, são direitos de todas as pessoas e sua positivação não é uma característica essencial para a sua eficácia.

Possuem o escopo de uma vinculatividade de carácter supranacional, contudo não apresentam unicidade política nem tampouco um aparato institucional universal. Por outro lado, os direitos fundamentais são direitos jurídicos no âmbito de uma garantia jurídica concreta, limitados e assentes nas constituições estaduais nas quais sobretudo vinculam juridicamente o Estado e são acionáveis pelos interessados<sup>246</sup>.

Diante o carácter universal do DIDH e, portanto não limitado a um direito nacional, a institucionalização efetiva dos direitos humanos no plano doméstico é de fundamental relevância para a consecução dos objetivos traçados pelos instrumentos internacionais. Desta forma, é imperioso destacar os mecanismos de implementação dos direitos humanos no âmbito interno de um determinado Estado. Essa recepção depende da concepção adotada por cada país em sua ordem jurídica, que podem adotar as construções teóricas: monista ou dualista

A concepção dualista consiste em duas ordens jurídicas distintas, cuja relação entre elas dá-se de maneira vertical, apresenta assim um mecanismo de recepção de cariz duplo em que a norma internacional não possui autonomia e carece de eficácia para a sua vigência no ordenamento interno<sup>247</sup>. Verifica-se, nessa concepção derivada do voluntarismo pluri estadual<sup>248</sup>, um duplo mecanismo de recepção e transformação no qual, para se proceder a recepção da norma internacional no âmbito doméstico, necessita-se de um ato normativo interno para

---

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição . 7ª ed. reimp. 2003. - Coimbra : Almedina, 2003. p.393

<sup>246</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. Hermenêutica dos direitos humanos. In: O discurso dos direitos. Coimbra, 2011, p. 134

<sup>247</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. Manual de direito internacional público : uma perspetiva de língua portuguesa : introdução : fontes : sujeitos : domínio : garantia . 5ª ed. Coimbra : Almedina, 2017. p.371

<sup>248</sup> PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto de. Manual de direito internacional público. 3ª ed. Reimpressão. Coimbra : Livraria Almedina, 2011. p.84

que posteriormente se proceda a sua transportação ou transformação<sup>249</sup>. Assim, para os adeptos dessa teoria, a norma internacional só possui eficácia quando ocorre a transformação desta em lei interna, ao passo que a norma doméstica vigora independentemente da regra internacional.

Na perspectiva doutrinária monista verifica-se um sentido de unidade entre os ordenamentos interno e internacional e esta subdivide-se em monismo com primado de direito internacional e monismo com primado de direito interno. Neste último, apesar de haver a coexistência das normas internacionais e internas, quando em uma situação de conflito, há a preponderância do ordenamento interno em detrimento da regra internacional. Constata-se assim, a presença de uma soberania do Estado e a ausência de autonomia do direito internacional que depende de do “grau de tolerância consentida pela Constituição e legislação de cada Estado”<sup>250</sup>. Consoante as palavras de Bacelar Gouveia, não se vislumbra mais a aceitação dessa concepção “cuja matriz está assentada num voluntarismo estadual acarretadora de uma negação ao direito internacional quando em confronto com o sistema interno”<sup>251</sup>.

Já no que diz respeito à orientação monista com primado do direito internacional, esta limita o poder estadual no qual, em caso de conflito entre as normas, prepondera o direito internacional, ocorrendo assim a conformação ou a renúncia da ordem jurídica interna em face das obrigações internacionais assumidas. Desta forma, o regime internacional delimita os parâmetros de atuação da ordem doméstica que, por sua vez, deve conformar suas normas a fim de que sejam compatíveis com o direito internacional. Acerca da relação entre os regimes, a

---

<sup>249</sup> DUARTE, Maria Luísa. Direito internacional público e ordem jurídica global do século XXI. Coimbra : Coimbra Editora, 2014, p.270 aduz ainda que esse sistema põe em causa o fundamento autônomo e heterovinculativo do direito internacional público.

<sup>250</sup> DUARTE, Maria Luísa. Direito internacional público e ordem jurídica global do século XXI. Coimbra : Coimbra Editora, 2014, p.271

<sup>251</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. Manual de direito internacional público : uma perspetiva de língua portuguesa : introdução : fontes : sujeitos : domínio : garantia. 5ª ed. Coimbra : Almedina, 2017, p.371. No mesmo sentido, Fausto de Quadros afirma igualmente que nesta concepção há a negação do direito internacional. PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto de. Manual de direito internacional público. 3ª ed. Reimpressão. Coimbra : Livraria Almedina, 2011. p.85

existência do DIP é objetiva e independe da vontade dos Estados, ocorrendo assim uma maior harmonização entre os instrumentos jurídicos, nacionais e internacionais.

A teoria monista com primado de direito internacional subdivide-se em moderada e radical. Nesta, a relação é de validade e caso a norma interna conflitua com a internacional, haverá a nulidade daquela. No caso do monismo moderado, a garantia da primazia da norma internacional é solucionada através da ineficácia da norma interna em conflito ou por intermédio da responsabilização internacional do Estado violador.<sup>252</sup> Diante as manifestações atuais das relações jurídicas apresentadas perante a Comunidade Internacional, é a concepção monista que mais se coaduna com as novas realidades e traduz-se em condição essencial da própria existência do direito internacional e apresenta-se como a concepção doutrinária dominante.<sup>253</sup>

Ademais, uma melhor interação entre os ordenamentos internacionais e internos possuem a função de evitar conflitos e de propiciar uma harmonização dos dispositivos na consecução da proteção dos direitos humanos. Desta forma, as transformações mundiais contemporâneas acompanhado do estreitamento das relações internacionais têm contribuído para um maior reconhecimento da importância da proteção internacional dos direitos humanos. Desta forma, a partir destas manifestações, acarretaram-se mudança de atitudes em diversos Estados, ao incorporarem os instrumentos internacionais em seus ordenamentos constitucionais e, desse modo, asseguram uma maior efetividade no âmbito interno dos países, dos instrumentos internacionais de salvaguarda dos direitos do homem. Assim cabe aos Estados a readequação de seus ordenamentos em face dos normativos internacionais onde “a adoção e o aperfeiçoamento de medidas nacionais de implementação depende em grande parte o futuro da própria proteção dos direitos humanos”<sup>254</sup>

---

<sup>252</sup> DUARTE, Maria Luísa. Direito internacional público e ordem jurídica global do século XXI. Coimbra : Coimbra Editora, 2014, p.271

<sup>253</sup> PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto de. Manual de direito internacional público. 3ª ed. Reimpressão. Coimbra : Livraria Almedina, 2011. p.92,

<sup>254</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Direito Internacional e Direito Interno: sua interação na proteção dos direitos humanos [online]. [acesso em 14/06/2018] Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22361-22363-1-PB.pdf>

## CONCLUSÃO

O presente estudo é resultado da preocupação com o desamparo que milhares de crianças refugiadas estão a enfrentar devido à negação, pelo país de acolhimento, do seu exercício ao direito humano à educação. Uma geração perdida de crianças floresce em face da negligência quanto ao pleno gozo deste direito, cujas consequências serão devastadoras a esse enorme contingente de refugiados em idade escolar.

Conforme fora analisado ao longo desta pesquisa, a proteção internacional da pessoa humana foi elevada a uma dimensão universal após o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, expandindo-se assim a preocupação pela Comunidade Internacional acerca da salvaguarda dos direitos dos homens. Impulsionado pela DUDH, outros instrumentos internacionais foram desenvolvidos tendo como escopo a ampliação do corpo protetivo de direitos da pessoa humana. É através da Declaração, ao consagrar expressamente o direito ao asilo como universal e inalienável, que se inicia igualmente a manifestação de uma proteção em prol das pessoas refugiadas.

Analizamos a importância da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, fruto de uma maior preocupação em assegurar o exercício mais amplo dos direitos humanos das pessoas em situação de refúgio. Refere-se ao instrumento jurídico basilar na proteção desta categoria social e estabelecedor das condições necessárias para a conceituação destes e, dessa forma, definir quais indivíduos estariam sob o manto protetivo da Convenção. O Estatuto atribui ao critério da perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social e opiniões políticas o elemento essencial, ao lado da ausência de proteção nacional do país de origem do solicitante, como requisito definidor para a concessão do status de refugiado pelo Estatuto.

Posteriormente, devido ao surgimento de novas categorias de refugiados não enquadrados na limitação geográfica e temporal do Estatuto, a proteção é estendida através da adoção do Protocolo de 1967. Ademais, novas manifestações de

deslocamento forçado tiveram o condão de impulsionar a criação de instrumentos regionais que vieram ampliar o conceito de refugiado para enquadrar os novos tipos de refúgio, além do estabelecido na Convenção e em seu Protocolo. É oportuno ressaltar a alta relevância do papel exercido pelo ACNUR na proteção de indivíduos não inseridos nas definições de refugiado pelos instrumentos internacionais, porém igualmente carentes de proteção.

O Estatuto dos Refugiados não apresenta em seu bojo uma disposição específica às crianças na situação de refúgio e utiliza indistintamente os mesmos requisitos de um refugiado adulto, desconsiderando assim as necessidades e as peculiaridades específicas dos infantes, o que aumenta sua invisibilidade nos processos para a obtenção do status de refugiado. Nesta seara, destaca-se o reforço apresentado pela CDC quanto à aplicação da definição de refugiado a uma criança, assim como quanto ao seu efeito ampliador do leque protetivo dirigido a um infante em busca de refúgio. A Convenção foi o primeiro instrumento internacional a expressamente retratar sobre a proteção adequada a uma criança que requeira o estatuto de refugiado. O reconhecimento da necessidade de proteção especial para esta categoria contribui para decisões mais qualitativas em processos que envolvam crianças em situação de refúgio.

Destaca-se a alta relevância essencial na proteção de crianças refugiadas exercida através do princípio do *non refoulement* que é aplicável independentemente da obtenção do status de refugiado, e impede qualquer medida que resultaria em risco de devolução de um refugiado a um lugar que sofra ou venha sofrer perseguições. As garantias contra a devolução ao país de origem são aplicadas às pessoas independentemente de que tenha sido atribuído o reconhecimento formal do status de refugiado.

As crianças também estão inseridas no campo de atuação do princípio do *non refoulement*, porém a avaliação efetiva necessita ser realizada considerando a idade do solicitante e deverá ser conduzida de uma maneira em que se apreciem os efeitos distintos suportados pelas crianças. A proteção pelo princípio para uma criança refugiada foi ampliada devido a inclusão da situação definida como “danos irreparáveis”, em que inclui-se os direitos contemplados pela Convenção sobre os

Direitos da Criança e, dentre estes, o direito à educação.

É necessário uma concepção jurídica integral quanto à consecução do direito à educação. Hodiernamente, resultado da consolidação da interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos, a aplicação de forma convergente e complementar dos ramos do DIDH e do Direito Internacional dos Refugiados tem-se apresentado com mais intensidade. Essa perspectiva da inter-relação entre as vertentes e o reconhecimento integral de todos os direitos humanos sob o mesmo nível de importância, são essenciais na consecução da proteção às crianças refugiadas e para o alcance do pleno desenvolvimento do direito ao acesso a uma educação sob a mesma proteção dos demais direitos.

Assim, a CDC atua como parâmetro de ação aos Estados e consiste em um reforço ao DIR e o DIDH no que diz respeito à proteção das crianças em busca de refúgio no que concerne ao preenchimento de lacunas normativas e interpretativas com a finalidade de alcançar a melhor medida a um caso concreto. As crianças refugiadas devem beneficiar-se da proteção do Estatuto de Refugiado assim como da CDC e da interação entre os instrumentos internacionais de proteção de seus direitos.

É a partir dessa consagração da indivisibilidade dos direitos humanos que se inicia um processo de uma implementação mais eficaz, de efeito fertilizante<sup>255</sup>, suscetível de concretizar os direitos das crianças refugiadas de forma mais adequada. As crianças adquirem, com a Convenção Sobre os Direitos da Criança, uma maior visibilidade e presenciam o surgimento de uma consciência coletiva em seu âmbito protetivo, passam assim a ser atores sociais e sujeitos autônomos de direitos e, devido a aceitação e ratificação quase universal da CDC, a área de atuação, propagação dos direitos, proteção e vindicação dos direitos a ela inerentes são ampliadas.

Ao apresentar um cariz multidisciplinar e ser fonte de obrigação jurídica, a CDC legitimou a incorporação de seus valores e direitos de proteção, provisão e

---

<sup>255</sup> SOTTOMAYOR, Maria Clara .Temas de direito das crianças. Coimbra : Almedina, 2014. p. 16



participação para os ordenamentos internos dos Estados, tornando-os juridicamente responsáveis no que concerne ao cumprimento dos direitos das crianças no âmbito doméstico dos países. Ressalta-se também o papel relevante do Comitê dos Direitos da Criança no monitoramento acerca do cumprimento e implementação destes direitos.

Assume papel relevante os princípios orientadores da CDC: o da não discriminação, o direito de exprimir livremente a sua opinião, e o do superior interesse da criança. No que concerne ao princípio da não discriminação, protege o infante em busca de refúgio que seja alvo de quaisquer medidas discriminatórias baseadas em seu status de refugiado, procede assim a prevenção e eliminação de ações perpetuadoras de discriminação desta categoria que possuem os mesmos direitos a uma educação nos mesmos moldes dos infantes regulares de determinado país.

No que diz respeito ao direito de exprimir livremente a sua opinião, dá a criança a prerrogativa de expressar seu ponto de vista e de participar de processos e decisões concernentes à concessão do refúgio e da proteção sob o manto da proibição contra o *refoulement*. Assim, consegue alcançar uma melhor avaliação e ponderações dos aspectos processuais destes procedimentos além de auxiliar na interpretação dos demais direitos elencados na CDC, através de exames exercidos de maneira individual.

O princípio do superior interesse condiz à consideração primordial em todas as decisões envolvendo crianças e, no contexto do refúgio, eleva-se a condição prioritária em qualquer deliberação que estas estejam envolvidas. Do mesmo modo, exerce papel de princípio orientador em quaisquer ações empreendidas em favor das crianças e atua igualmente como parâmetro interpretativo no processo de determinação da concessão de refugiado, e nas situações há a negação ao direito à educação.

O princípio universal da dignidade refere-se a um valor supremo e atua como balizador de um dever ser jurídico da atuação dos poderes do Estado, exercendo o acesso à educação um meio indispensável para a consecução dos valores humanos

necessários à uma vida digna e para o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Reconhecido como direito universal, o gozo ao direito humano à educação não está restringido pela nacionalidade do indivíduo e refere-se a um elemento condicionante ao efetivo exercício aos demais direitos e liberdades individuais. Devido ao posicionamento como direito social e público subjetivo, requer uma atuação positiva do Estado acolhedor. De igual modo, a inclusão desse direito no rol dos direitos fundamentais dos ordenamentos constitucionais dos Estados, vem assegurar-lhe uma maior garantia e exigibilidade quanto ao seu cumprimento.

É oportuno ressaltar a atuação do PIDESC ao reafirmar o direito à educação e quanto ao estabelecimento da forma progressiva para a sua realização, requerendo dos Estados a observância do *minimum core obligation*, da inversão do ônus da prova diante a impossibilidade de sua realização e acerca dos deveres dos Estados em respeitar, proteger e implementá-lo.

O direito à educação refere-se a um conteúdo essencial do núcleo mínimo dos direitos sociais a que uma pessoa necessita para a satisfação das suas necessidades e interesses básicos a uma vida condigna e, apesar da progressividade na realização deste direito, os Estados obrigam-se a adotar ações eficazes e céleres, tendo como limitador o princípio da proibição de retrocesso social do núcleo essencial já implementado. É oportuno ressaltar o reforço das obrigações mínimas e apoio hermenêutico exercido pelos Princípios de Limburgo. A importância da inversão do ônus da prova se dá à medida em que a eventuais medidas regressivas concernente à implementação assim como na utilização do máximo dos recursos disponíveis necessitam ser amplamente justificadas.

Concernente ao acesso à educação da criança refugiada, esta alcança com a CDC uma plenitude jurídica da sua individualização, na qual providências legais assecuratórias deste direito foram fornecidas, ao afirmar acerca do ensino primário obrigatório e gratuito a todos e sob a premissa da igualdade de oportunidades, não condicionado o seu exercício ao status da criança no país de acolhimento. Disciplina também a CDC acerca da qualidade do ensino ofertado, não bastando o mero acesso à educação, esta deverá ser fornecida nos mesmos moldes às demais crianças do país acolhedor. A CDC estabelece ferramentas de fundamental

importância para a inclusão das crianças em situação de refúgio no contexto educacional e posiciona-se como peça central e elemento integralizador dos demais instrumentos jurídicos.

A intensidade da violação dos direitos humanos dessa categoria ensejam rapidez na readaptação e no reordenamento dos instrumentos jurídicos. Necessário se faz a ampliação pelos instrumentos internacionais dos motivos ensejadores à concessão do status de refugiado, face às novas manifestações de refúgio apresentadas.

Há também que se assegurar uma melhor coordenação dos mecanismos protetivos exercidos pelos Comitês quanto ao monitoramento e à supervisão, para assim poder reduzir as práticas violadoras do direito humano à educação desta categoria. Ademais, soluções de efeitos duradouros para o problema da educação das crianças refugiadas necessariamente iniciam-se por meio de ações coletivas e da cooperação internacional. Deve haver um compromisso maior da Comunidade Internacional acerca da outorga de responsabilidades perante o “burden sharing” dessa problemática.

De igual modo, a implementação em âmbito nacional é fundamental para a plena consecução desse direito, em que a introdução das crianças refugiadas no sistema educacional doméstico requer a reordenação e o alinhamento do ordenamento jurídico interno em consonância com os instrumentos internacionais que versem sobre a matéria, assim como a observância dos parâmetros da disponibilidade, adaptabilidade, aceitabilidade e acessibilidade, como critérios necessários à realização plena do direito à educação pelos Estados. Uma maior aproximação dos ordenamentos internacionais e domésticos exerce função essencial neste mister.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 ALBUQUERQUE, Catarina. ***As Nações Unidas, a Convenção e o Comité, Documentação e Direito Comparado***, Lisboa, n.º 83/84, Nov. 2001.
  
- 2 ALEXANDRINO, José de Melo. **A indivisibilidade dos direitos do homem à luz da dogmática constitucional**, in *O Discurso dos Direitos*, Coimbra Editora. 2011
  
- \_\_\_\_\_. **Brinquedos por direitos?** In: *O discurso dos direitos*. Coimbra, 2011.
  
- \_\_\_\_\_. ***Direitos fundamentais***: introdução geral . Estoril : Principia, 2011.
  
- \_\_\_\_\_. **Hermenêutica dos direitos humanos**. In: *O discurso dos direitos*. Coimbra, 2011.
  
- \_\_\_\_\_. **Os direitos das crianças - linhas para uma construção unitária**, In: *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Janeiro 2008.
  
- 3 ALEXY, Robert. ***Teoria dos Direitos Fundamentais***. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
  
- 4 ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. ***O núcleo mínimo dos direitos à educação e à instrução e o papel das Cortes africana e europeia de Direitos do Homem na sua garantia*** . Lisboa : [s.n.], 2010.
  
- 5 ARIÈS, Philippe. ***História social da criança e da família***. 2ª ed. - Rio de Janeiro: Guanabara, 1986
  
- 6 BHABHA, Jacqueline & YOUNG, Wendy. ***Not Adults in Miniature: Unaccompanied Child Asylum Seekers and the New U.S. Guidelines***, volume 11 , International Journal of Refugee Law. 1999. Disponível em <https://doi.org/10.1093/ijrl/11.1.84>

7 BOLIEIRO, Helena Isabel Dias e GUERRA, Paulo - ***A criança e a família: uma questão de direito(s): visão prática dos principais institutos do direito da família e das crianças e jovens.*** Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

8 BONAVIDES, Paulo . ***Curso de Direito Constitucional*** . São Paulo : Malheiros , 1996.

9 BOTELHO, Catarina Santos . ***A dignidade da pessoa humana*** – Direito subjetivo ou princípio axial? Revista Jurídica Portucalense . n.º 21. 2017

\_\_\_\_\_. ***Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da proibição do retrocesso social?*** In: Revista da Ordem dos Advogados. - Lisboa, 1941-. - A. 75, nº 1 (Jan.-Jun. 2015).

10 BUEREN, Geraldine Van . ***The International Law on the Rights of the Child.*** The Hague: Martinus Nijhoff. 1998

11 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ***Direito Constitucional e Teoria da Constituição.*** Coimbra: Almedina, 1998

\_\_\_\_\_. ***Direito constitucional e teoria da constituição*** 7ª ed. reimp- Coimbra : Almedina, 2003 .

12 CANOTILHO, José Joaquim Gomes & MOREIRA, Vital. ***Constituição da República Portuguesa:*** anotada. 4ª ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Volume I.

13 CASSESSE, Antonio. ***Human Rights in a changing world.*** Oxford: Polity. 1994.

14 COMPARATO, Fábio Konder. ***A afirmação histórica dos direitos humanos.*** São Paulo: Saraiva, 2015.

15 DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights in Theory and Practice**. New York: Cornell University Press, 1989.

\_\_\_\_\_. **Universal Human Rights in Theory and Practice**. Cornell University Press, NY, 2003.

16 DONNELLY, JACK and HOWARD, Rhoda E. **Assessing National Human Rights Performance: A Theoretical Framework**. *Human Rights Quarterly*. Vol. 10, No. 2

17 DUARTE, Maria Luísa. **Direito internacional público e ordem jurídica global do século XXI**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

18 FITZPATRICK, Joan. **Revitalizing the 1951 Refugee Convention**, 9 *Harvard Human Rights Journal*, 1996.

19 FREITAS, Tiago Fidalgo de. **O conceito de refugiado nos ordenamentos jurídicos internacional, europeu e português** in *O Contencioso do Direito de asilo e Proteção Subsidiária*. 2.<sup>a</sup> edição atualizada. Disponível em [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo\\_fiscal/eb\\_O\\_contencioso\\_do\\_direito\\_de\\_asilo\\_e\\_protecao\\_subsidiaria\\_2edicao.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_O_contencioso_do_direito_de_asilo_e_protecao_subsidiaria_2edicao.pdf)

20 GIL, Ana Rita. **Imigração e direitos humanos**. Lisboa: Petrony, 2017.

GOODWIN-GILL, Guy S. *The Refugee in International Law*. 2nd Edition. Oxford: Clarendon Press, 1996

\_\_\_\_\_. **The Refugee in international law**. Oxford: Clarendon, 1985

\_\_\_\_\_. **The United Nations Convention on the Rights of the Child and its Application to Child Refugee Status Determination and Asylum Processes: Introduction**. 2012. v. 26 -3. *Journal of Immigration Asylum and Nationality Law*. , volume 26 nº 3, 2012 .

\_\_\_\_\_. ***Unaccompanied Refugee Minors: The Role and Place of International Law in the Pursuit of Durable Solutions***, 3 International Journal of Child Rights. 1995.

21 GORLICK, Brian. ***(Mis)perception of Refugees, State Sovereignty, and the Continuing Challenge of International Protection in Human Rights And Refugees, Internally Displaced Persons And Migrant Workers***: Essays In Memory of Joan Fitzpatrick and Arthur Helton. Edited by Anne F. Bayefsky. Leiden, 2006. Journal of Refugee Studies, Volume 20, Issue 1, 1 March 2007.

22 GOUVEIA, Jorge Bacelar. ***Manual de direito internacional público: uma perspetiva de língua portuguesa***: introdução: fontes: sujeitos: domínio: garantia . 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2017.

23 HATHAWAY, James. ***A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law***. Harvard International Law Journal. Vol 31. 1990

\_\_\_\_\_. ***The Rights of Refugee under International Law***. Cambridge: Cambridge University Press. 2005

24 HATHAWAY, James C. e FOSTER, Michelle. ***The Law of Refugee Status***. Cambridge: Cambridge University Press, 2005

25 HOBSBAWN, E. ***Era dos extremos: o breve século XX (1914-1991)***. São Paulo: Companhia das Letras. 1995.

26 HOMEM, Pedro Barbas . ***Temas de direito da educação***. Lisboa: Almedina, 2006.

27 JUBILUT, Liliana Lyra. ***O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro***. São Paulo: Método. 2007.

28 LANCEIRO, Rui Tavares. ***O princípio da cooperação leal, a autonomia organizativa e o bom governo administrativo in A prevenção da corrupção e***

*outros desafios à boa governação da administração pública*. coord. Carla Amado Lisboa : Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da FDUL, 2018. Acesso on-line: [http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/e-book\\_corrupcao\\_icjp\\_3\\_2008.pdf](http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/e-book_corrupcao_icjp_3_2008.pdf)

29 LAUTERPACHT, E. & BETHLEHEM, D.: **The Scope and Content of the Principle of Non-refoulement**. In FELLER, E. & TÜRK, V. & NICHOLSON, F. (Ed.). Refugee Protection in *International Law* – UNHCR's Global Consultations on International Protection. Cambridge: Cambridge University Press, 2003

30 MARTINS, Ana Maria Guerra. ***Direito internacional dos direitos humanos: relatório: programa, conteúdos e métodos de ensino teórico e prático***. Coimbra: Almedina, 2006.

\_\_\_\_\_. ***Direito internacional dos direitos humanos: relatório: programa, conteúdos e métodos de ensino teórico e prático***. Coimbra: Almedina, 2012.

31 MCADAM, Jane . **Complementary Protection in *International Refugee Law***. Oxford University Press, 2007.

32 MCADAM, Jane . ***Seeking Asylum under the Convention on the Rights of the Child: A Case for Complementary Protection*** . 2006. International Journal of Children's Rights.

33 MIRANDA, Jorge, ***A constituição de 1976: formação, estrutura, princípios fundamentais*** . Lisboa Livraria Petrony, 1978.

\_\_\_\_\_. ***Curso de direito internacional público***. 6ª ed., rev. atual. Parede: Príncipe, 2016.

\_\_\_\_\_. ***Introdução ao direito da educação: direito português e direito brasileiro***. In: e-Pública. - Lisboa, 2014-. - V. 1, nº 2 (Jun. 2014), Disponível em [http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2183184X201400020001&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183184X201400020001&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt)



\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Constitucional.** Coimbra: Coimbra, 1998.

34 MIRANDA, Jorge & MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa anotada** . 2ª ed.  
- Coimbra : Coimbra Editora, 2010.

35 MONTEIRO, Agostinho dos Reis [et al.]. **Direitos das Crianças** - Coimbra:  
Faculdade de Direito, 2004.

\_\_\_\_\_. **O Pão do Direito à Educação. Educação & Sociedade.** Campinas,  
vol. 24, n. 84, setembro 2003 .

36 NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana.** Volume 1.Coimbra :  
Almedina, 2015.

\_\_\_\_\_. **Direitos sociais : teoria jurídica dos direitos sociais enquanto  
direitos fundamentais.** Coimbra : Coimbra Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. **Os princípios constitucionais estruturantes da República  
Portuguesa.** Lisboa : Coimbra Editora, 2004.

37 OLIVEIRA, Bárbara Nazareth, e outras. **Os direitos fundamentais em Timor-  
Leste: teoria e prática.** Ius Gentium Conimbrigae. Coimbra: 2015.

38 OLIVEIRA, Sofia Pinto. Direito de asilo. In: **Tratado de direito administrativo  
especial.** Coimbra: Almedina. 2017

39 OTERO, Paulo. **O poder de substituição em direito administrativo:  
enquadramento dogmático-constitucional.** Lisboa : Lex.

40 PAIS, Marta Santos. **A Convenção dos Direitos das Crianças** (quadro  
inspirador de uma política global para a infância.) In : *Boletim de Documentação e  
direito comparado*, nº 55/56, 1993.

41 PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto de. **Manual de direito internacional público**. 3ª ed. Reimpressão. Coimbra : Livraria Almedina, 2011.

42 PIOVESAN, Flavia. **Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos**. Cadernos de Pesquisa, v.35, n. 24, abr. 2005. Disponível em <https://dx.doi.org/10.1590/S0100-15742005000100004>.

\_\_\_\_\_. **Declaração Universal de Direitos Humanos: desafios e perspectivas**. Revista Brasileira de Estudos Jurídicos v. 9, n. 2, jul./dez. 2014

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2008

\_\_\_\_\_. **Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos**. Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos. São Paulo , v. 1, n. 1, p. 26, 2004

\_\_\_\_\_. **Direitos Sociais: Proteção nos sistemas internacional e regional interamericano**. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 5, outubro/2009

\_\_\_\_\_. **O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados**. In: ARAÚJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme Assis. (coords.) *O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

43 PIOVESAN, Flávia & FACHIN , Melina Girardi . **Educação em Direitos Humanos no Brasil: desafios e perspectivas**. Revista Jurídica da Presidência . volume 19, n. 117 (2017), Brasília.

44 PIRJOLA, J. **Shadows in Paradise – Exploring Non-Refoulement as an Open Concept**. In *International Journal of Refugee Law*. Vol 19. 2007.

45 PUREZA, José Manuel. **Ordem jurídica, desordem mundial: um contributo para o estudo do Direito Internacional**. In: *Revista crítica de ciências sociais*. Coimbra: 2002. nº 64.

46 ROUSSEAU, J.J. ***Emílio ou Da educação***. Tradução Roberto Leal Ferreira. 3<sup>a</sup> Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

.

47 SARLET, Ingo Wolfgang. ***Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988***. 9<sup>a</sup> ed. revista e atualizada. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2012

\_\_\_\_\_. ***A eficácia dos direitos fundamentais***. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2012

48 SILVA , José Afonso da . ***A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia***. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 212, Abr./Jul. 1998.

49 SOTTOMAYOR, Maria Clara. ***Temas de direito das crianças***. Coimbra: Almedina, 2014.

50 SUDRE, Frédéric. ***Droit européen et international des droits de l'homme*** / Frédéric Sudre. - 7ème ed. ref. - Paris : P.U.F., 2005.

51 TOMÁS, Catarina, ***Convenção dos direitos da criança: reflexões críticas***, In Infância e Juventude, vol. 07, nº 4, (2007).

52 TOMASEVSKI, Katarina. ***Human rights obligations in education: the 4-A scheme***. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. 2006

\_\_\_\_\_. ***Human rights obligations: making education available, accessible, acceptable and adaptable***. In: *Right to Education Primers n. 3*. Novum Grafiska AB, Gothenburg : 2001.

\_\_\_\_\_. ***Por que a educação não é gratuita?*** In: HADDAD, Sérgio; GRACIANO, Mariângela (Org.). *A educação entre os direitos humanos*. São Paulo: Autores Associados, 2006.

\_\_\_\_\_. ***Education Denied: Costs and Remedies***. New York: Zed Books, 2003.

53 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. ***A Proteção Internacional dos Direitos Fundamentais, Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos***. São Paulo: Editora Saraiva, 1991

\_\_\_\_\_. ***A II Conferência Mundial de Direitos Humanos: O legado de Viena***. In: *A Incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. 2. ed. San José: IIDH, 1996.

\_\_\_\_\_. ***A conferência mundial de Direitos Humanos: Lições de Viena***. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n.10. julho. 1994

\_\_\_\_\_. ***A humanização do direito internacional***. Belo Horizonte: Del Rey, 2015

\_\_\_\_\_. ***A justiciabilidade dos direitos económicos, sociais e culturais no plano internacional*** in *Ensayos en Honor a Fernando Volio Jiménez*, 1997, Brasília.

\_\_\_\_\_. ***A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas***. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2ª edição, 2000

\_\_\_\_\_. ***As três vertentes da Proteção Internacional da pessoa Humana***. San José/ Brasília, IIDH/CICV/ACNUR, 1996.

\_\_\_\_\_. ***Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI***. In: A. P. Cachapuz Medeiros (Org.) *Desafios do Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília: Funag, 2007

\_\_\_\_\_. ***Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI***. Rev. bras. polít. int., Brasília, v. 40, n. 1. June 1997. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S003473291997000100007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S003473291997000100007&lng=en&nrm=iso)>.

\_\_\_\_\_. **Direito Internacional e Direito Interno: sua interação na proteção dos direitos humanos.** Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22361-22363-1-PB.pdf>

\_\_\_\_\_. ***Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos***, volume I, Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris, 2003.

\_\_\_\_\_. ***Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos***. Vol III. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

UNICEF, ***Direitos Humanos para Crianças e Mulheres: como a UNICEF ajuda a torná-los realidade***. Nova Iorque: 1999.

UNICEF. ***Situação mundial da infância - Edição Especial: celebrando 20 anos da Convenção sobre os Direitos da Criança***. 2009. Disponível em: [http://www.unicef.org/brazil/pt/sowc\\_20anosCDC.pdf](http://www.unicef.org/brazil/pt/sowc_20anosCDC.pdf).

54 VILAGRA, SOLEDAD. ***Protocolo Facultativo del PIDESC: Una herramienta para exigir los DESC*** . INESC. Asunción, 2008.

55 ZIMMERMAN, A & MAHLER, C. ***The 1951 Convention relating to the status of refugees and its 1967 Protocol: A Commentary***. Oxford. Oxford University Press, 2011.

## DOCUMENTOS CONSULTADOS

ACNUR. Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, 26 January 2007, available at: <http://www.refworld.org/docid/45f17a1a4.html>

ACNUR, Conclusão sobre as Crianças em Risco, No. 107 (LVIII) – 2007.

\_\_\_\_\_. Crianças Refugiadas: Diretrizes sobre Proteção e Cuidado. Genebra, 1994, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3470.html>

\_\_\_\_\_. Diretrizes sobre políticas e procedimentos para lidar com crianças desacompanhadas que buscam refúgio, Genebra, 1997.

\_\_\_\_\_. Diretrizes sobre proteção internacional nº 08. Solicitações de Refúgio apresentadas por Crianças, nos termos dos Artigos 1(A)2 e 1(F) da Convenção de 1951 e/ou do Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados. Distr. GERAL HCR/GIP/09/08 de 22 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9747.pdf>

\_\_\_\_\_. Manual de Procedimentos e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiado: de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao estatuto dos refugiados. Genebra. 1992

\_\_\_\_\_. Nota de Orientação sobre Extradicação e Proteção Internacional de Refugiados. Genebra, 2008.

\_\_\_\_\_. Protection of Asylum-Seekers in Situations of Large-Scale Influx No. 22 (XXXII) - 1981, 21 October 1981. disponível em: <http://www.refworld.org/docid/3ae68c6e10.html>

\_\_\_\_\_. Refugee Children No. 47 (XXXVIII) - 1987, 12 October 1987, disponível em : <http://www.refworld.org/docid/3ae68c432c.html>

\_\_\_\_\_.Relatório Tendências Globais. 2017. Disponível em:  
<http://www.unhcr.org/5b27be547>

\_\_\_\_\_.RLD5 - Human Rights and Refugee Protection, 1 October 1995, RLD5,  
 disponível em: <http://www.refworld.org/docid/3ccea4494.html>

CESCR, General Comment No. 11: Plans of Action for Primary Education (Art. 14 of  
 the Covenant), 10 May 1999, E/1992/23, Disponível em :  
<http://www.refworld.org/docid/4538838c0.html>

CESCR General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2,  
 Para. 1, of the Covenant).

Comentário Geral conjunto nº 3 (2017) do Comitê para a Proteção dos Direitos de  
 Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias e No. 22  
 (2017) do Comitê dos Direitos da Criança sobre os princípios gerais dos direitos  
 humanos das crianças no contexto da migração internacional. 16 Novembro 2017,  
 CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, disponível em:  
<http://www.refworld.org/docid/5a1293a24.html> .

Comentário Geral n.º 14, o Comitê da ONU sobre os Direitos da Criança – CRC.

Comentário Geral No. 22 (2017) do Comitê dos Direitos da Criança sobre os  
 princípios gerais dos direitos humanos das crianças no contexto da migração  
 internacional. 16 Novembro 2017, CMW/C/GC/3CRC/C/GC/22, disponível em:  
<http://www.refworld.org/docid/5a1293a24.html> .

Comentário Geral conjunto nº 3 (2017) do Comitê para a Proteção dos Direitos de  
 Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias

Comité des Droits de l'Homme (CDH), Comentário Geral nº 18, parágrafo 07 ,1989.

Comitê sobre os Direitos da Criança, Comentário Geral No. 12, parágrafo 74

Comitê da ONU sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral No. 11: Planos de Ação para Educação Fundamental, disponível em: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4538838c0.html>

Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas - CESCR, Observação Geral nº. 13, sobre o direito à educação, 1999.

Comitê Sobre os Direitos da Criança, CDC, Comentário geral *no. 1 (2001), Artigo 29 (1), The aims of education*, 17 April 2001, CRC/GC/2001/1, disponível em : <http://www.refworld.org/docid/4538834d2.html>

Comitê dos Direitos da Criança, Comentário geral n ° 14 (2013), sobre o direito da criança a que o seu interesse superior seja tido primacialmente em consideração. 29 Maio 2013, CRC/C/GC/14, disponível em: <http://www.refworld.org/docid/51a84b5e4.html>.

Comitê dos Direitos da Criança - CRC, Comentário Geral No. 12 (2009): CRC/C/GC/12. Disponível em: <http://www.refworld.org/docid/4ae562c52.html>

Comitê da ONU sobre os Direitos da Criança, Comentário Geral No. 6 (2005): Tratamento de Crianças Desacompanhadas e Separadas Fora de Seu País de Origem, CRC/GC/2005/6, setembro de 2005.

Comitê dos Direitos da Criança, Comentário geral n ° 14 (2013) sobre o direito da criança a que o seu interesse superior seja tido primacialmente em consideração. (art. 3, para. 1), 29 Maio 2013, CRC /C/GC/14, disponível em: <http://www.refworld.org/docid/51a84b5e4.html>

Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO.



Conselho Europeu para os Refugiados e Exilados – ECRE, Diretiva Europeia Receção de Requerentes de Asilo. November 2005, AD3/11/2005/EXT/SH, Disponível em : <http://www.refworld.org/docid/43f46eba4.html>

Convenção relativa à Luta contra a Discriminação no campo do Ensino . Adotada a 14 de dezembro de 1960, pela Conferência Geral da UNESCO. Disponível em : <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132598por.pdf>

Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951.

Convenção da Organização de Unidade Africana . Disponível em [http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/convencao\\_refugiados\\_oua.pdf](http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/convencao_refugiados_oua.pdf)

Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados. 1951. Disponível em [http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf?view=1](http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1)

Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias. Disponível em: <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/convencaomigrantes.pdf>

Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados. Disponível em [http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf](http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf)

Convenção Sobre os Direitos da Criança. Disponível em: [https://www.unicef.pt/media/1206/0-convencao\\_direitos\\_crianca2004.pdf](https://www.unicef.pt/media/1206/0-convencao_direitos_crianca2004.pdf)

CRC, Comentário Geral No. 6 (2005)

Declaração de Cartagena. Disponível em [http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD\\_Legal/Instrumentos\\_Internacionais/Declaracao\\_de\\_Cartagena.pdf?view=1](http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf?view=1)

Declaração Universal dos Direitos Humanos . Disponível em <https://dre.pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> .

Diretiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Dezembro de 2011.

Diretrizes de Maastricht referente às violações dos direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Maastricht Guidelines International Commission of Jurists (ICJ), Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, 26 January 1997, Disponível em: <http://www.refworld.org/docid/48abd5730.html>

European Council on Refugees and Exiles, Position on Refugee Children, 1 November 1996, disponível em: <http://www.refworld.org/docid/3c02651c6.html>

European Council on Refugees and Exiles. Position on Refugee Children, 9 International Journal of Refugee law. 1997

General Comment No. 6 on Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin, Committee on the Rights of the Child, 2005.

Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 9 Human Rights Quarterly, 1987.

ONU. Vienna Declaration and Programme of Action (A/CONF.157/23),

ONU, Declaração e Programa de Ação de Viena. 12 de julho de 1993 A/CONF.157/23, disponível em: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b39ec.html>

ONU, Proclamação de Teerã, 13 de maio de 1968, disponível em : <http://www.refworld.org/docid/3ae6b36f1b.html>

UN General Assembly, Convention Relating to the Status of Refugees, 28 July 1951, United Nations, Treaty Series, vol. 189. Disponível em: <http://www.refworld.org/docid/3be01b964.html>

PIDESC, Comentário Geral nº 3. A natureza das obrigações dos Estados-Partes.

PIDESC, Comentário Geral nº 3. A natureza das obrigações dos Estados-Partes. Art. 2, para. 1. 14 Dezembro 1990, E/1991/23, disponível em : <http://www.refworld.org/docid/4538838e10.html>

Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais- Protocolo de San Salvador,

.Protocolo Facultativo ao Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em [http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/protocolo\\_facultativo\\_ao\\_pacto\\_internacional\\_sobre\\_os\\_direitos\\_economicos.pdf](http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/protocolo_facultativo_ao_pacto_internacional_sobre_os_direitos_economicos.pdf)

Protocolo Facultativo relativo à Instituição de um Procedimento de Comunicação

Protocolo Facultativo relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil

Protocolo Facultativo relativo à Participação de Crianças em Conflitos Armados.

PIDESC, Comentário Geral nº 3. A natureza das obrigações dos Estados-Partes. Art. 2, para. 1.

PIDESC, Comentário Geral No. 13: Direito à Educação. E/C.12/1999/10, disponível em : <http://www.refworld.org/docid/4538838c22.html>

UNESCO, Individual Complaint Procedure, 104 EX/ Decision 3.3, disponível em [http://portal.unesco.org/en/ev.phpURL\\_ID=15249&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.phpURL_ID=15249&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)

UNCRC, General Comment No.5, General measures of Implementation on the Rights of the Child, UN CRC Committee, 2003.

UNHCR, Interpreting Article 1 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees, April 2001, disponível em : <http://www.refworld.org/docid/3b20a3914.html>

UNHCR, Missing Out: Refugee Education in Crisis. Disponível em: <http://www.unhcr.org/57d9d01d0>

UNHCR, Guidelines on International Protection No. 8: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 22 December 2009, HCR/GIP/09/08, available at: <http://www.refworld.org/docid/4b2f4f6d2.html>

UNHCR Policy on Refugee Children, 6 August 1993, EC/SCP/82, available at: <http://www.refworld.org/docid/3f9e6a534.html>

UNHCR, Guidelines on Determining the Best Interests of the Child, May 2008, disponível em : <http://www.refworld.org/docid/48480c342.html>

## JURISPRUDÊNCIA

CEDH. Tabitha Case, Corte Europeia de Direitos Humanos. Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium. Petição n. 13178/03. Estrasburgo, 12 de outubro de 2006. para. 96.

ECHR , Case Hirsi Jamaa and Others v. Italy. disponível em: <http://www.refworld.org/cases,ECHR,4f4507942.html>

ECHR, Tarakhel v. Switzerland, Application no. 29217/12, Council of Europe: European Court of Human Rights, 4 November 2014, available at: <http://www.refworld.org/cases,ECHR,5458abfd4.html>

Caso das Crianças Yean y Bosico versus Republica Dominicana, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 8 Setembro de 2005, disponível em : <http://www.refworld.org/cases,IACRTHR,44e497d94.html>

Corte Interamericana de Direitos Humanos . Caso Família Pacheco Tineo vs. Bolívia.Disponível em <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2013/9390>

ZH (Tanzania) (FC) (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent), [2011] UKSC 4, United Kingdom: Supreme Court, 1 February 2011.